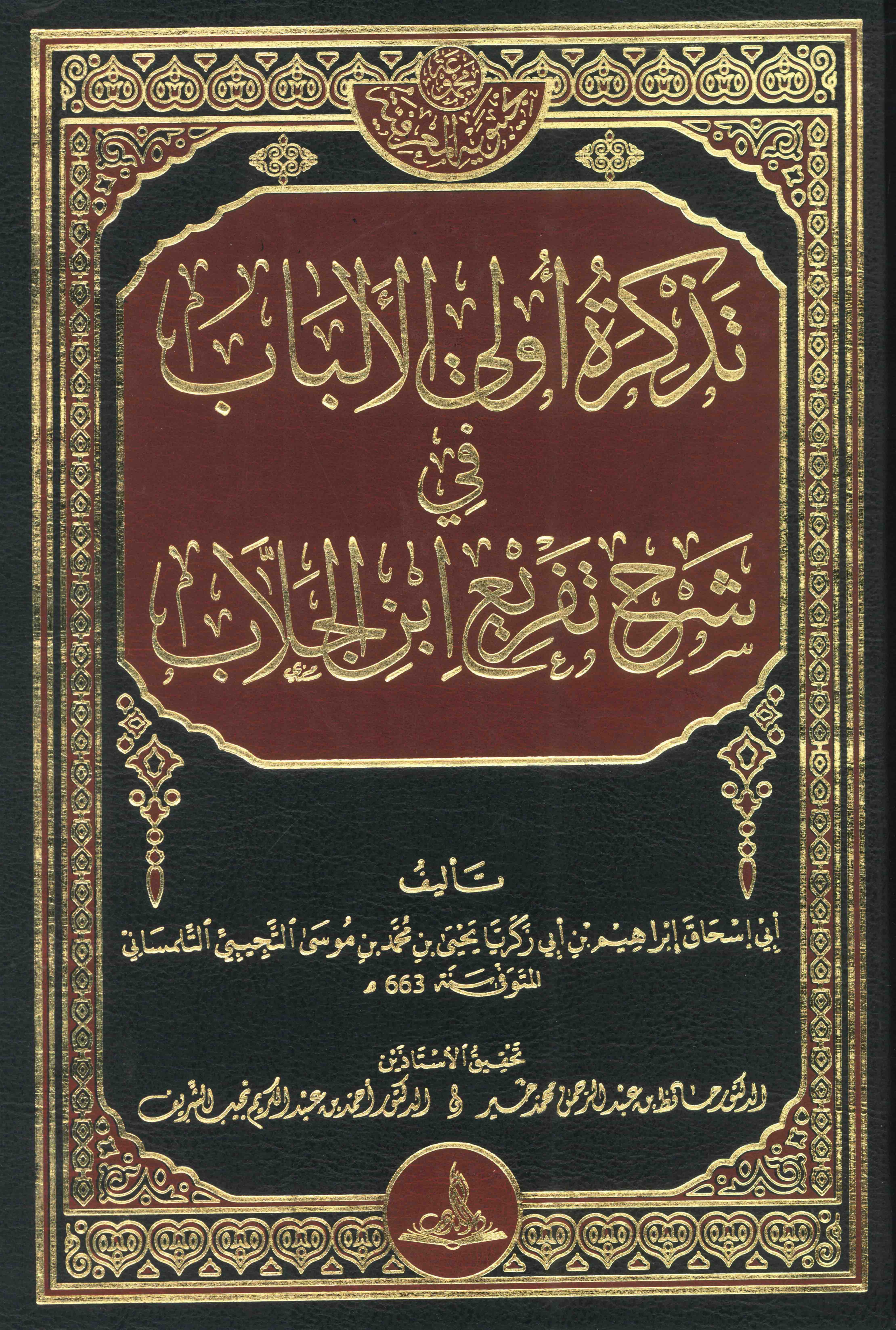
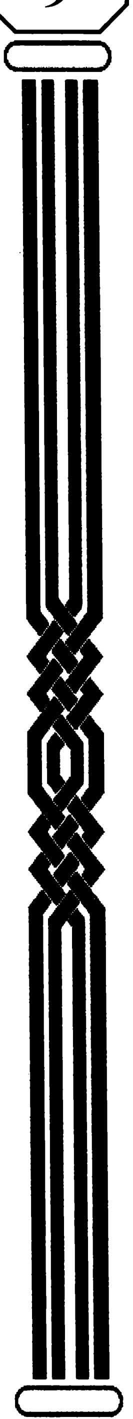
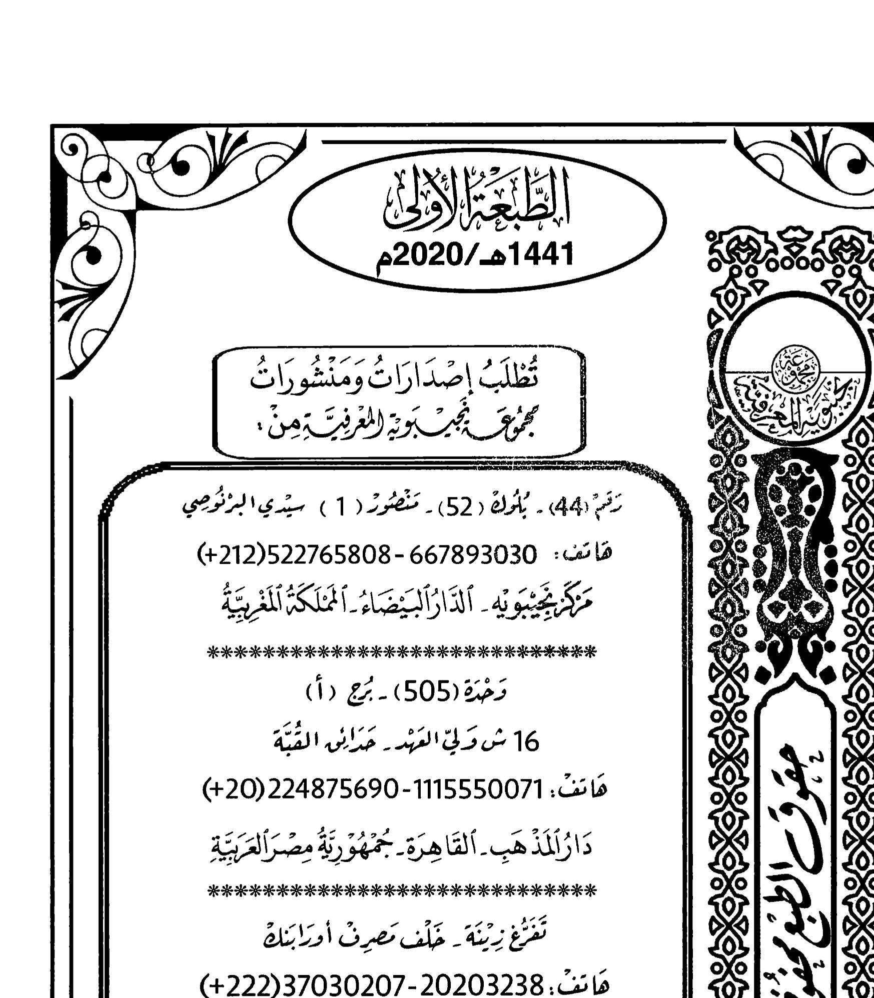

تذكرة أولي الألباب
في
شرح تفريع ابن الجلاب
تأليف
أبي إسحاق إبراهيم بن أبي زكريا يحيى بن محمد بن موسى التجيبي التلمساني
المتوفى سنة 663 هـ
تحقيق الأستاذين
الدكتور حافظ بن عبد الرحمن محمد خير و الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف



تذكرة أولي الألباب
في
شرح تفريع ابن الجلاب

ISBN 978-9954-607-89-3





الطَّبعة الأولى
1441هـ/2020م

تُطلبُ إصداراتُ ومنشوراتُ
مجموعة نجيبويه المعرفية مِن:

رقم (44) - بلوك (52) - منصور (1) سيدي البرنوصي

هاتف: (+212)522765808 - 667893030

مركز نجيبويه - الدار البيضاء - المملكة المغربية

****

وحدة (505) - برج (أ)

16 ش ولي العهد - حدائق القبة

هاتف: (+20)224875690-1115550071

دار المذهب - القاهرة - جمهورية مصر العربية

****

تفرغ زينة - خلف مصرف أورابنك

هاتف: (+222)37030207-20203238

ديوان الشناقطة - أنواكشوط - الجمهورية الإسلامية الموريتانية

dr.a.najeeb@gmail.com

www.facebook.com/najeebawaih

@najeebawaih

+905316233353

رقم الإيداع في المكتبة الوطنية (الخزانة العامة) للمملكة المغربية

(2019MO2960)

الرقم الدولي المعياري للكتاب (ردمك)

(978-9954-607-89-3)



شرح تفريع ابن الجلاب

تأليف

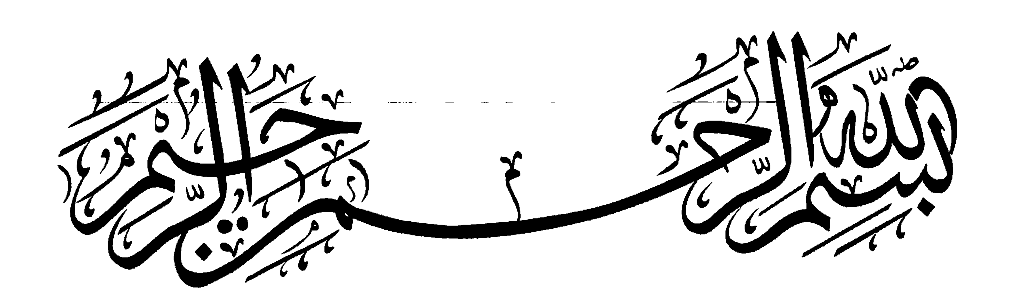
أبي إسحاق إبراهيم بن أبي زكريا يحيى بن محمد بن موسى التجيبي التلمساني

المتوفى سنة 663 هـ

تحقيق الأستاذين

الدكتور حافظ بن عبد الرحمن محمد خير و الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف





كتابُ المداينات والتفليس[1]

(ومن كان له على رجلٍ[2] دَينٌ إلى أجل، فمات أو فلَّس؛ فقد حلَّ دَينه)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الميت قد انقطعت ذمَّته ووجب قَسْم ماله، وقد قدَّم الله سبحانه الدَّين على الميراث بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ الآية [النساء: **11**]، فوجب حلول الدين[4]؛ لوجوب قَسْم الميراث[5].

قال الأبهري: ولا خلاف في ذلك.

وأمَّا في التفليس[6]؛ فصاحب الدَّين إنما رضي[7] بذمة[8] سليمة [من الدَّين][9]، فإذا طرأ على ذمته[10] عَيبٌ لم يرض به عند المداينة؛ وجب تعجيل حقه.

وإذا[11] وجب تفرقة ماله بين غرمائه، وكان هذا أحدهم؛ [ز: **744**/ ب] وجب أن يشركهم[12] فيما يقبضون[13].

قال الأبهري: وقد رُوي عن النبي ﷺ أنه خلع معاذاً من ماله وقَسَمَه بين غرمائه[14].

---

(1) كلمتا (المداينات والتفليس) يقابلهما في (م): (التفليس).

(2) كلمتا (على رجل) ساقطتان من (م)، وقد انفردت بهما (ز).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 249** و(العلمية): **2/ 260**.

(4) كلمة (الدين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) قوله: (وإنما قال ذلك ... قسم الميراث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 11**.

(6) ما يقابل كلمة (التفليس) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (إنما رضي) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (ز): (بذمته).

(9) كلمتا (من الدَّين) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من جامع ابن يونس.

(10) في (ز): (دينه) وما اخترناه موافق لما في الجامع لابن يونس.

(11) ما يقابل كلمتا (حقه، وإذا) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل كلمتا (وجب أن يشركهم) غير قطعي القراءة في (م).

(13) في (م): (يقضون) وما اخترناه موافق لما في الجامع لابن يونس.

و من قوله: (وأمَّا في التفليس ... فيما يقبضون) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 11**.

(14) ما يقابل عبارة (معاذاً من ماله وقسمه بين غرمائه) غير قطعي القراءة في (م).

=

[في السلعة يجدها بائعها قبل قبض ثمنها عند مشتريها الذي أفلس]

(ومن باع من رجل[1] سلعةً ثم أفلس مشتريها قبل أن يقبض البائع ثمنها، فوجدها البائع عنده؛ فهو[2] بالخيار إن شاء أخذها بالثمن الذي باعها به، وإن شاء تركها وحاصَّ غرماءه[3] بثمنها.

وإن وجدها ناقصة[4] في سوقها أو بدنها؛ فله[5] أخذها ولا يحطُّ عنه شيءٌ لنقصها.

فإن وجدها زائدةً في سوقها وبدنها؛ فله[6] أخذها إلَّا أن يضمن له الغرماء ثمنها)[7].

والأصل في ذلك ما خرَّجه مالك عن ابن شهاب[8] عن أبي بكر [م: 250/ أ] بن عبد

=

والحديث ضعيف؛ رواه ابن ماجه: 2/ 789، في باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه، من كتاب الأحكام، برقم (2357)، عن جابر بن عبد الله، ولفظه: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ، خَلَعَ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ مِنْ غُرَمَائِهِ، ثُمَّ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى الْيَمَنِ» فَقَالَ مُعَاذٌ: إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ اسْتَخْلَصَنِي بِمَالِي، ثُمَّ اسْتَعْمَلَنِي، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

والطبراني في الكبير: 20/ 30، برقم (44)، عن ابن كعب بن مالك، ولفظه: كَانَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ شَابًّا جَمِيلًا سَمْحًا مِنْ خَيْرِ شَبَابِ قَوْمِهِ، لَا يُسْأَلُ شَيْئًا إِلَّا أَعْطَاهُ، حَتَّى ادَّانَ دَيْنًا أَغْلَقَ مَالَهُ، قَالَ: «فَكَلَّمَ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَنْ يُكَلِّمَ غُرَمَاءَهُ، فَفَعَلَ» فَلَمْ يَضَعُوا لَهُ شَيْئًا، فَلَوْ تُرِكَ لِأَحَدٍ بِكَلَامِ أَحَدٍ لَتُرِكَ لِمُعَاذٍ بِكَلَامِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، «فَدَعَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّى بَاعَ مَالَهُ وَقَسَّمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ»، فَقَامَ مُعَاذٌ لَا مَالَ لَهُ، «فَلَمَّا حَجَّ بَعَثَهُ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ لِيَجْبُرَهُ» قَالَ: وَكَانَ أَوَّلَ مَنْ تَجِرَ فِي هَذَا الْمَالِ مُعَاذٌ، فَقَدِمَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ مِنَ الْيَمَنِ وَقَدْ تُوُفِّيَ رَسُولُ اللهِ ﷺ.

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 80، برقم (11262) جميعهم بنحوه من حديث ابن كعب بن مالك رضي الله عنه.

(1) ما يقابل كلمتا (من رجل) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (فوجدها البائع عنده؛ فهو) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (وحاصَّ غرماءه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (وإن وجدها ناقصة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (فله) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (فإن وجدها زائدةً في سوقها وبدنها؛ فله) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 249 و250 و(العلمية): 2/ 260.

(8) ما يقابل عبارة (مالك عن ابن شهاب) غير قطعي القراءة في (م).

الرحمن أن رسول الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ**»[1].

وخرَّج مسلمٌ عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَدْرَكَ**[2] **مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**»[3].

قال الأبهري: ولأنَّ بائع السلعة إذا وجدها عند المشتري وقد أفلس؛ فهو أقوى سببًا من غيره من الغرماء الذين ليس[4] سلعهم موجودة[5] بعينها؛ بل غائبة[6] فكان أَوْلَى بها؛ لوجود عين ماله، كما كان المرتهن أَوْلَى بالرَّهن الذي بيده من سائر الغرماء[7] الذين ليس في أيديهم رهن؛ لقوة سبب المرتهن على غيره ممن ليس معه رهن.

إذا ثبت هذا فمَن باع من رجل سلعةً ولم يقبض[8] من ثمنها شيئًا حتى أفلس مشتريها، فبائع السلعة[9] بالخيار إن شاء أَخَذَها بالثمن الذي باعها به، وإن شاء تَرَكَها وحاصَّ غرماءه[10] بثمنها، ولا خلاف[11] ....

(1) صحيح، رواه مالك في موطئه: 4/ 978، في باب ما جاء في إفلاس الغريم، من كتاب البيوع، برقم (576).
وأبو داود: 3/ 286، في باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب أبواب الإجارة، برقم (3520) كلاهما عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضي الله عنه.

(2) في (ز): (وجد).

(3) ما يقابل عبارة (أحق به من غيره) غير قطعي القراءة في (م).
والحديث رواه مسلم: 3/ 1193، في باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، من كتاب المساقاة، برقم (1559)، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(4) ما يقابل عبارة (من الغرماء الذين ليس) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمتا (سلعهم موجودة) يقابلهما في (ز): (سلعتهم حاضرة).

(6) كلمة (بل غائبة) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(7) ما يقابل عبارة (بيده من سائر الغرماء) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (فمَن باع من رجلٍ سلعةً ولم يقبض) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمتا (فبائع السلعة) يقابلهما في (ز): (فصاحبها).

(10) في (م): (الغرماء).

(11) ما يقابل كلمتا (ولا خلاف) غير قطعي القراءة في (م).

عندنا في ذلك[1].

قال ابن القاسم في "العتبية": وإذا أفلس المشتري[2] بعد بيعه السلعة وحاصَّ البائع الغرماء، ثم ردت بعيب؛ كان للبائع أن يردَّ ما أخذ في الحصاص ويأخذ سلعته[3].

ويصح أن يقال: لا ترد؛ لأنه حُكْمٌ مضى، فإن وجدها ناقصةً في سوقها أو بدنها، فلا يخلو ذلك النقص إمَّا أن يكون بأمر من الله سبحانه، أو بأمرٍ من آدمي، فإن كان بأمرٍ من الله؛ فهو بالخيار إن شاء أخذها ناقصة وإن شاء تركها وحاصص الغرماء بثمنها.

قال الأبهري: لأنَّ النبي ﷺ لما جعل لبائع السلعة أخذها كان له أن يأخذها إذا وجدها بعينها أو أنقص منها إذا كان النقصان مثل [ز: 745/ أ] العور والعمى لا يتلف بعضها، وليس له أكثر[4] منها من قِبَل أنه مخيَّر بين أَخْذِها[5] على ما يجدها عليه، وإن كانت ناقصةً أو محاصة الغرماء بالثمن؛ ألا ترى[6] أنَّ المغصوب منه إذا وجد السلعة عند الغاصب -وقد نقصت-[7]، فله أخذها ناقصة أو تضمين[8] الغاصب قيمتها يوم غصبها، وكذلك هذا.

وإن كان بأمرٍ من آدمي، فإن كان المشتري قد أخذ لذلك أرشًا ثم زال العيب؛ كان للبائع أن يأخذها ولا شيء له من الأرش؛ لأنه لم يتضرَّر[9].

واختُلف إذا كان النقص من سبب المشتري فقال مالك في كتاب ابن حبيب: ومن

---

(1) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه الفاكهاني في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): 6/ 155 و156.

(2) ما يقابل كلمة (المشتري) غير قطعي القراءة في (م).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 440.

(4) ما يقابل كلمة (أكثر) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (أخذها) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (ترى) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمتا (وقد نقصت) يقابلهما في (ز): (ناقصة).

(8) في (ز): (يضمن).

(9) في (ز): (ينضر).

ومن قوله: (ويصح أن يقال) إلى قوله: (لأنه لم يتضرَّر) نقله صاحب التحرير والتحبير (بتحقيقنا): 6/ 155 و156.

اشترى ثوبًا فلبسه حتى خلق، فالبائع بالخيار إن شاء أخذه بحقه كله، أو أسلمه وحاصص[1].

قال ابن الماجشون: إلَّا أن[2] يكون خلق[3] جدًّا، فلا يكون له أخذه[4].

قال اللخمي: والقياس أن يفض[5] الثمن على الذاهب والباقي، ويسقِط[6] من الثمن ما يقابل الموجود الآن، ويضرب بما ينوب ما أبلى منه[7].

وإن وجدها زائدة في سوقها أو بدنها؛ فله أخذُها، قاله مطرِّف وابن الماجشون[8]؛ إلَّا أن يدفع له الغرماء ثمنها[9]، فليس له أخذها[10]؛ لأنَّ حق الفسخ إنما ثبت له؛ لتعذر[11] قبض الثمن، فإذا بذل له الثمن، فقد[12] زال التعذر، فلم يكن له الفسخ[13].

قال الأبهري: ومما يدل على[14] أن الغرماء إذا قضوه[15] ثمن السلعة، لم[16] يكن له أخذها[17]؛ ....

---

(1) ما يقابل كلمة (وحاصص) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (إلا أن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (خلق).

(4) قوله: (ومن اشترى ثوبًا فلبسه... أخذه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 60**.

(5) في (ز): (نقص).

(6) ما يقابل كلمتا (والباقي، ويسقط) غير قطعي القراءة في (م).

(7) من قوله: (واختلف إذا كان) إلى قوله: (بما ينوب ما أبلى منه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6/ 3175**.

(8) ما يقابل كلمتا (وابن الماجشون) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (ثمنها) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قوله: (وإن وجدها... أخذها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 53**.

(11) ما يقابل عبارة (ثبت له؛ لتعذر) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل عبارة (له الثمن، فقد) غير قطعي القراءة في (م).

(13) قوله: (لأنَّ حق الفسخ ... له الفسخ) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 587**.

(14) كلمة (على) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(15) كلمتا (إذا قضوه) يقابلهما في (ز): (بذلوا).

(16) في (م): (فلم).

(17) ما يقابل عبارة (يكن له أخذها) غير قطعي القراءة في (م).

أنه لو قضاه رجلٌ[1] دَينَه الذي على الغريم؛ لكان له قبوله، ثم يبرأ الغريم بذلك، فأدنى أحوال الغرماء أن يكونوا كذلك، ثم يكونون[2] أَوْلَى بالسلعة؛ لأنها مال غريمهم، فلهم أخذها في دَينهم[3].

واختُلِف في الثمن الذي يدفعه الغرماء له[4]، هل يكون من أموالهم أو من مال الغريم؟

فقال ابن القاسم[5]: للغرماء أن يدفعوا الثمن من مال الغريم شاء الغريم أو أبى.

وقال [م: 250/ ب] أشهب: ليس لهم أن يفتدوها إلَّا أن يحطوا عن ذمة[6] الغريم من دينهم حطيطة تنفعه، أو تكون السلعة لهم[7] نماؤها، وعليهم نقصانها[8].

قال ابن حارث: وكلام أشهب يدل على أنهم لا يفتدوها إلَّا من أموالهم.

واختُلِف إذا أعطى الغرماء[9] الثمن من ماله أو من أموالهم ممن تكون مصيبتها إذا تلفت أو زادت أو نقصت[10]؟

فقال ابن القاسم: مصيبتها من المفلس له نماؤها وعليه نقصانها[11].

ومذهب أشهب يدل على أن مصيبتها من الغرماء؛ لأنهم[12] إنما افتدوها لأنفسهم[13].

---

(1) ما يقابل كلمتا (قضاه رجلٌ) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (فأدنى أحوال... ثم يكونون) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (غريمهم، فلهم أخذها في دَينهم) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (الغرماء له) يقابلهما في (ز): (للغرماء).

(5) ما يقابل عبارة (الغريم فقال ابن القاسم) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (أن يفتدوها إلَّا أن يحطوا عن ذمة) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمة (لهم) غير قطعي القراءة في (م).

(8) قوله: (فقال ابن القاسم ... وعليهم نقصانها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 54**.

(9) في (ز): (الغريم).

(10) ما يقابل عبارة (زادت أو نقصت) غير قطعي القراءة في (م).

(11) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 54**.

(12) ما يقابل عبارة (على أن مصيبتها من الغرماء؛ لأنهم) غير قطعي القراءة في (م).

(13) قوله: (واختلف في الثمن الذي يدفعه الغرماء ... افتدوها لأنفسهم) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **6/ 157** و**158**.

(ولو اقتضى بعض ثمنها ثم أراد أخذها؛ ردَّ[1] ما اقتضى من ثمنها وأخذها، وليس له أن يأخذ بعضها بما بقي له من ثمنها. ولو باع المشتري بعضها وبقي عنده بعضها، لكان للبائع أخذ ما وجد منها بحسابه من ثمنها)[2].

وإنما قال ذلك[3]؛ لعموم الخبر، ولأنه[4] تعذَّر عليه قبض حقه بالفلس مع وجود عين[5] ماله [على صفته][6]، فكان كمن لم يقبض شيئًا من[7] الثمن[8].

قال الأبهري: ولأنه لا يجوز أن يأخذ الثمن والسلعة جميعًا؛ [ز: 745/ ب] فكذلك لا يجوز أن يأخذ بعض السلعة وكل الثمن؛ لأنه[9] إنما يجوز له أخذ السلعة أو الثمن، أو ما يجد منهما بحصته من الثمن، ويحاص الغرماء بما لم يجد[10].

وقد رَوى مالك عن ابن شهاب[11] قال: أخبرني أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ** مشتريه **الَّذِي ابْتَاعَهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**»[12].

زاد يونس: وإن كان قد قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة الغرماء.

ورواه الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وقال: «**فَإِنْ**

---

(1) ما يقابل كلمتا (أخذها؛ ردَّ) غير قطعي القراءة في (م).

(2) جملة (وليس له أن... بحسابه من ثمنها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
التفريع (الغرب): **2/ 250** و(العلمية): **2/ 260**.

(3) كلمة (ذلك) يقابلها في (م): (له أخذها وإن قبض بعض ثمنها إذا اقتضاه).

(4) كلمة (ولأنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل عبارة (مع وجود عين) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمتا (على صفته) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من إشراف عبد الوهاب.

(7) ما يقابل عبارة (لم يقبض شيئًا من) غير قطعي القراءة في (م).

(8) قوله: (ولأنه تعذَّر عليه قبض حقه ... من الثمن) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 587**.

(9) كلمة (لأنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) ما يقابل عبارة (الغرماء بما لم يجد) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (عن ابن شهاب) غير قطعي القراءة في (م).

(12) تقدم تخريجه في باب السلعة يجدها بائعها قبل قبض ثمنها عند مشتريها الذي أفلس، من كتاب المداينات والتفليس: **7/9**.

كَانَ قَضَاهُ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ أُسْوَةٌ»(1).

وأمَّا قوله: (ولو باع(2) المشتري بعضها وبقي عنده بعضها؛ كان للبائع(3) أخذ ما وجد(4) بحسابه من ثمنها)(5)، فإنما قال ذلك؛ لأنَّ ما بقِيَ منها عين شيئه، فكان له أخذها(6)، كما لو بقِيَ جميعًا.

قال الأبهري: لأنَّ البائع لمَّا كان له أخذ كل السلعة إذا وجدها إذا لم يدفع إليه الثمن؛ كان له أن يأخذ بعضها إذا وجده ويحاص الغرماء بما لم يجد في ذمة(7) المشتري، ويأخذ ذلك من ماله.

[فيمن باع عبدين واقتضى بعض ثمنهما، ثم باع أحدهما وبقي الآخر]

(ومن باع عبدين بعشرين دينار فاقتضى من ثمنهما(8) عشرة دنانير(9) وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده ثم أفلس، فأراد البائع أخذ العبد الباقي؛ رد خمسة من(10) العشرة التي اقتضاها وأخذه)(11).

اعلم أن من باع عبدين بعشرين دينارًا، فاقتضى من ثمنهما عشرة، ثم باع المشتري أحد

(1) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 287، في باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من أبواب الإجارة، برقم (3522).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 79، برقم (11256) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) ما يقابل كلمتا (ولو باع) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (ز): (له).

(4) في (م): (بقي).

(5) في (م): (الثمن).

(6) في (م): (أخذه).

(7) عبارة (لم يجد في ذمة) يقابلها في (ز): (يجد في ذمته).

(8) ما يقابل كلمتا (من ثمنهما) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (دنانير) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(10) ما يقابل كلمة (من) غير قطعي القراءة في (م).

(11) التفريع (الغرب): 2/ 250 و(العلمية): 2/ 261.

العبدين وبقي الآخر عنده[1]، ثم أفلس المشتري فأراد البائع أخذ العبد الباقي[2]؛ رد خمسة من[3] العشرة التي اقتضاها[4]، وأخذ العبد الباقي[5].

قال الأبهري: لأنَّ العشرة التي اقتضاها من ثمن العبدين، فعليه أن يَرُدَّ[6] ما أصاب الرأس الذي بقي وهي خمسة؛ لأنَّه لا يجوز أن يأخذ السلعة وثمنها[7]، وكذلك بعض السلعة وبعض الثمن، وهذا إذا كان العبدان متماثلين في القيم.

وأمَّا إن كانت قيمتهما مختلفة، فإن[8] نَقَص الثمنُ[9] الذي قبض على قيمة العبدين، فيرد ما ناب العبد الباقي، ثم يأخذ العبد الباقي.

قال أصبغ: وإذا وجد البائع[10] بعض السلع؛ فللغرماء دفع حصة ذلك من الثمن وهم أَوْلَى منه[11] ومن بقية الغرماء ممن[12] لم يدفع فيها شيئًا بمقدار [م: **251**/ أ] ما دفعوا من ثمنها إذا بيعت.

فإن كان فيها فضل دخل فيه هم وبائعها بما بقي له من ثمن بقية[13] السلع، وسائر الغرماء أجمعين[14].

---

(1) كلمتا (الآخر عنده) يقابلهما في (م): (عنده الآخر) بتقديم وتأخير.

(2) ما يقابل كلمتا (العبد الباقي) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (من) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (التي اقتضاها) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (اعلم أن من باع... الباقي) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 824**.

(6) ما يقابل عبارة (اقتضاها من ثمن العبدين، فعليه أن يردَّ) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (لا يجوز أن يأخذ السلعة وثمنها) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (ز): (فإنه).

(9) ما يقابل عبارة (متماثلان في القيم... الثمن) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (الباقي، ثم يأخذ العبد ... البائع) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (وهم أَوْلَى منه) غير قطعي القراءة في (م).

(12) في (ز): (من).

(13) ما يقابل عبارة (هم وبائعها بما بقي له من ثمن بقية) غير قطعي القراءة في (م).

(14) قول أصبغ بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **3/ 312** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 31** و**32**.

قال[1] مالك: ومن باع جارية بمائة دينار، فاقتضى من ثمنها خمسين، ثم ولدت عند المشتري [ز: 746/ أ] وماتت، فأراد أن يأخذ ولدها[2]؛ فليرد الخمسين كلها، وليس هذا مثل الرجل يبيع الرأسين، ويقبض[3] نصف الثمن، ثم يفلس ويجد أحدهما[4].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأنَّ بقاء ولد الجارية الذي ولد بعد مِلْك المشتري لها هو كبقاء الجارية؛ لأنَّ حكم الولد حكم الأم، فليس[5] للبائع أن يأخذ من الثمن شيئًا إذا أخذ الولد كما أنه[6] ليس له أخذ[7] شيءٍ منه إذا أخذ الأم، من قِبَل أنه ليس له أن يأخذ[8] سلعة وولدها.

وليس هذا بمنزلة السلعتين إذا بيعتا فاقتضى بعض ثمنهما ثم تلفت واحدة؛ لأنَّ أحدهما لا يقوم مقام الأخرى، وليس حكم أحدهما حكم الأخرى؛ فوجب أن يردَّ من الثمن بقدر ما يخص الباقية دون الذي[9] تلفت.

(ولو باعه أمةً فولدت[10] عنده، ثم ماتت الأم وبقي ولدها؛ كان له أخذه بالثمن[11] كله، ولو مات الولد وبقيت الأم؛ أخذها بالثمن كله، ولم يوضع عنه لموت الولد شيءٌ، ولو باع الأم أو[12] الولد؛ كان له أخذ الباقي منهما بحسابه من الثمن)[13].

---

(1) ما يقابل كلمتا (أجمعين قال) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (أن يأخذ ولدها) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (ز): (ويقتض).

(4) قول مالك بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: **319**.

(5) ما يقابل عبارة (الولد حكم الأم، فليس) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (أنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمة (أخذ) يقابلها في (ز): (أن يأخذ).

(8) ما يقابل عبارة (من قبل أنه ليس له أن يأخذ) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (يردَّ من الثمن ... دون الذي) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (ولو باعه أمةً فولدت) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل كلمتا (أخذه بالثمن) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل عبارة (ولو باع الأم أو) غير قطعي القراءة في (م).

(13) التفريع (الغرب): **2/ 250** و**251** و(العلمية): **2/ 261** و**262**.

اعلم أن من باع أمةً، فولدت عند المشتري ثم فلس؛ فللبائع أن يأخذها بولدها؛ لأنَّ الولادة ليست بفوت، وليس الولد[1] بِغلَّة، فيكون للمشتري حبسه.

قال الأبهري: لأنَّ الأم هي التي وقع عليها البيع، وهي بدل الثمن الذي وجب له[2] على المشتري.

فإذا وجدها كان له أخذها على ما يجدها، وإن كانت ناقصة أو تركها، ويحاصّ الغرماء، فإن مات الولد لم يضمنه المشتري، وكان البائع بالخيار بين أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يدع[3].

قال الأبهري: لأنَّ حكمَ الولد حكم الأم؛ إذ هو بمنزلة عضو منها، وله أن يأخذها مع ولدها؛ كما لو زادت الأم في بدنها لكان للبائع أخذها.

ومما يدل على أن حكم الولد حكم[4] الأم، وأنه ليس بخراج، فيكون للمشتري بالضمان أنَّ ولد أم الولد حكمه حكم أمِّه، وليس لسيده أن يبيعه، كما أن ليس له أن يبيع الأم، ويعتقون بعتق الأم، وليس كذلك خراجها؛ لأنَّ للسيد أخذ خراجها والتصرف فيه، وكذلك ولد المكاتَبَة والمدبَّرة حكمهم حكم أمهم.

فإن ماتت الأم[5] وبقي الولد؛ كان للبائع أخذه بجميع الثمن أو تركه وتضرَّر مع الغرماء بجميع الثمن؛ إلَّا أن يعطيه[6] الغرماء[7] جميع الثمن ويأخذون [ز: **746**/ ب] الولد؛ فذلك لهم.

قال الأبهري: وذلك بمنزلة ما لو نقصت الأم في بدنها؛ لكان له أخذها بكل الثمن

---

(1) ما يقابل عبارة (ليست بفوت، وليس الولد) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (فإذا وجدها كان ... بجميع الثمن أو يدع) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6/ 3176**.

(4) عبارة (حكم الولد حكم) يقابلها في (ز): (الولد بمنزلة).

(5) ما يقابل كلمتا (ماتت الأم) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (ز): (يعطوه).

(7) ما يقابل كلمة (الغرماء) غير قطعي القراءة في (م).

أو[1] تركها ومحاصَّة الغرماء؛ لأنَّ المشتري لم يأخذ عوضًا إذا ماتت الأم، وقد[2] أخذ عوضًا إذا باعها.

قال في "العتبية" و"الموَّازيَّة"[3]: سواء ماتت الأم[4] وبقي الولد، أو مات الولد وبقيت الأم؛ فليس له إلَّا أخذ الباقي منهما بجميع الثمن[5] أو يترك[6] ويحاص[7].

فإن باع المشتري الأم دون الولد؛ كان للبائع أن يأخذ الولد بما ينوبه من الثمن أن لو كانا[8] جميعًا يوم البيع[9].

قال الأبهري: لأنه لمَّا باعها فقد أخذ عوضًا من الثمن، فهو بمنزلة ما لو باع بعض السلعة وبقي بعضها عنده[10]؛ فللبائع أن يأخذ ما وجد بحصَّته من الثمن، ويحاص الغرماء بما لم يجد بقدره من الثمن.

قال بعض فقهائنا[11]: فيقوم الولد على هيئته الآن أن لو كان مع أمه يوم عقد الصفقة، فيعرف ما يقع له من الثمن فيأخذه به[12].

واختُلِفَ إذا باع الولد وبقيت الأم [م: **251**/ ب] ثم فلس، فقال مالك في كتاب ابن المواز: إن شاء أن يأخذ الأم بجميع الثمن، وإن شاء تركها وحاصَّ الغرماء بثمنها[13]؛ لأنَّ

---

(1) ما يقابل عبارة (بكل الثمن أو) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (الأم، وقد) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (في "العتبية" و"الموَّازيَّة") غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (الأم) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (له إلَّا أخذ الباقي منهما بجميع الثمن) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (م): (ترك).

(7) قوله: (قال في "العتبية" ... ويحاص) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 66**.

(8) ما يقابل عبارة (من الثمن أن لو كانا) غير قطعي القراءة في (م).

(9) قوله: (فإن باع المشتري... يوم البيع) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6/ 3176**.

(10) ما يقابل عبارة (عوضًا من الثمن... بعضها عنده) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (الغرماء بما لم ... بعض فقهائنا) غير قطعي القراءة في (م).

(12) قوله: (قال بعض فقهائنا... فيأخذه به) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 38**.

(13) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 53**.

الأم هي المشتراة بعينها، والولد غلَّة.

قال اللخمي: لم يرد مالك بقوله: (إن[1] الولد غلة) أنَّه غلة حقيقة[2]، ولو كان كالغلة لم يرده إذا كان قائمًا مع أمه، ولم يكن للبائع إذا باع الأم؛ لأنَّ الغلة[3] في القيام والفوت سواء، وإنما لم يجعل عليه[4] في ثمنه شيئًا، كما لم[5] يكن عليه في أخذ الشجَّة إذا عادت[6] لهيئتها، وإن كان ما أَخَذَه عنه إنما أخذه عن بعض المبيع.

وقال ابن الجلَّاب: (**له أخذ الباقي بحساب**[7] **من الثمن**)[8].

[فيمن ابتاع من رجلٍ دنانير فخلطها في كيسه، أو زيتًا فصبَّه، ثم أفلس]

(ومن ابتاع من رجلٍ دنانير فخلطها في كيسه قبل أن ينقده ثمنها ثم أفلس مبتاعها؛ فصاحب[9] الدنانير أحق بمقدارها من سائر غرمائه[10].

ومن اشترى من رجل زيتًا فصبَّه في جراره، ثم أفلس قبل أن ينقده ثمنه[11]؛ فالبائع أحق بمكيلة زيته من سائر غرمائه)[12].

---

(1) كلمة (إن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل كلمتا (غلة حقيقة) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (الأم؛ لأنَّ الغلة) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (غلة).

(5) كلمتا (كما لم) يقابلهما في (ز): (كما لو لم) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) ما يقابل كلمتا (إذا عادت) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (له أخذ الباقي بحسابه) غير قطعي القراءة في (م).

(8) من قوله: (واختلف إذا باع الولد) إلى قوله: (بحسابه من الثمن) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3176.

(9) ما يقابل عبارة (ثم أفلس مبتاعها؛ فصاحب) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في (ز): (الغرماء).

(11) ما يقابل كلمة (ثمنه) غير قطعي القراءة في (م).

(12) التفريع (الغرب): 2/ 251 و(العلمية): 2/ 262.

اختُلِف فيمن اشترى من رجل زيتًا فصبَّه في جراره، أو صرف من رجل[1] دنانير فخلطها في كيسه، ثم فلس المبتاع[2] فقال ابن وهب عن مالك: البائع أحقُّ بمقدار زيته ووزن دنانيره[3]، وهو كعين شيئِه إذا كان قائمًا، وليس[4] خلط المبتاع إياه يمنع البائع من أَخْذِه.

وقال أشهب: أمَّا العَرَض فهو أحقُّ به، وأما العين فهو أسوة الغرماء[5].

قال الأبهري: لأنَّ عينَ الزيت والدنانير قائمة متى خلط[6] الزيت بمثله والدنانير بمثلها؛ لأنَّ منفعة [ز: 747/ أ] ذلك كله قائمة[7] واحدة، ولا فضل بين ذلك كله، فللبائع أن يأخذ بمقدار ما باعه من سلعته بما خلطه به؛ لأن عوضه بالخلط لم يتغير، وهو باقٍ كعوضه قبل الخلط.

وقال أصبغ: إلَّا[8] أن يخلطه بغير نوعه، مثل[9] أن يصبَّ زيت الفجل[10] على زيت الزيتون[11]، فيكون قد فات[12].

---

(1) ما يقابل عبارة (اختلف فيمن... أو صرف من رجل) غير قطعي القراءة في (م).
(2) في (ز): (المشتري).
(3) ما يقابل كلمتا (ووزن دنانيره) غير قطعي القراءة في (م).
(4) ما يقابل كلمة (وليس) غير قطعي القراءة في (م).
(5) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 248 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 16.
(6) كلمتا (متى خلط) يقابلهما في (م): (وتخليط).
(7) كلمة (قائمة) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).
(8) ما يقابل كلمة (إلا) غير قطعي القراءة في (م).
(9) ما يقابل كلمة (مثل) غير قطعي القراءة في (م).
(10) في (م): (فجل).
(11) في (م): (زيتون).
(12) قول أصبغ بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 57.

[إذا مات المبتاع ولا وفاء في ماله، ثم وجد البائع سلعته عنده]

(وإذا مات المبتاعُ فوجد البائع سلعته عنده ولا وفاء في ماله؛ فهو أسوة غرمائه، وليس له إلى السلعة سبيل)[1].

وإنما قال ذلك؛ لقوله ﷺ: «**وهو في الموت[2] أسوة الغرماء**»[3]، ففرَّق بين الموت والفلس، ففي التفليس جَعَله أحق[4]؛ لأنَّ الغرماء يرجعون إلى ذمة، وفي الموت لا يرجعون إلى مال ولا ذمة، فلم يكن أحق منهم[5].

قال الأبهري: فإن[6] قيل: لمَّا كان له أخذها إذا وجدها بعينها -مع وجود ذمته- كان له أن يأخذها مع[7] عدمها، كما أن[8] المرتهن أَوْلى بالرهن في موت[9] الراهن وفلسه!

قيل له: ما[10] قلته غير لازم من قِبَل أنَّ النبيَّ ﷺ إنما جعل بائع السلعة أوْلَى بها إذا[11] ....

(1) التفريع (الغرب): 2/ 251 و(العلمية): 2/ 263.

(2) ما يقابل كلمتا (في الموت) غير قطعي القراءة في (م).

(3) صحيح، رواه مالك في موطئه: 4/ 978، في باب ما جاء في إفلاس الغريم، من كتاب البيوع، برقم (576). وأبو داود: 3/ 286، في باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب أبواب الإجارة، برقم (3520) كلاهما عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ. وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً. فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ. فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ. وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ» وهذا لفظ الموطأ.

(4) ما يقابل كلمة (أحق) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لقوله ﷺ: «وهو ... أحق منهم) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 586 و587.

(6) ما يقابل كلمة (فإن) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمة (مع) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (م): (كان).

(9) ما يقابل كلمتا (في موت) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (له ما) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (أوْلَى بها إذا) غير قطعي القراءة في (م).

وَجَدَها بعينها[1] في موضعٍ يرجع سائر الغرماء إلى شيء[2] يقومون[3] فيه بحقوقهم[4]، وهي ذمة المفلس، ولا تتلف حقوقهم.

فأمَّا إذا تلف ماله وذمته؛ فليس يجوز أن ينظر لبعضهم دون بعض[5]؛ لأنَّ صاحب السلعة إذا أخذها لم يكن[6] للباقين شيء يرجعون إليه من مالٍ أو ذمة، فكان في ذلك حِملٌ عليهم، وقد قال[7] تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ الآية [النساء: **135**].

فأمَّا المرتهن فقد صار أَوْلَى بالرهن لقبضه[8] الرهن وحيازته[9]؛ لأن الموت والفلس أحدثا له في الرهن حقًّا[10] لم يكن قبل ذلك[11]؛ ألا ترى أنَّ الراهن لو[12] أراد أخذ الرهن من يد المرتهن؛ لم يكن[13] له ذلك بغير إذنه؛ لأنَّ حقَّه قد ثبت له بالرهن وقَبَضه، ولم يثبت حق البائع[14] في السلعة التي باعها قبل[15] فلس المشتري أو موته، على أنَّ السُّنة قد فرَّقت

---

(1) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه الفاكهاني في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): **6/ 158**.

(2) في (ز): (موضع).

(3) في (م): (يتوقون).

(4) ما يقابل كلمتا (فيه بحقوقهم) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (لبعضهم دون بعض) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (لم يكن) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (ذلك حملٌ عليهم، وقد قال) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمتا (بالرهن لقبضه) يقابلهما في (ز): (برهنه يقتضي) وما اخترناه موافق لما في تحرير وتحبير الفاكهاني.

(9) ما يقابل كلمة (وحيازته) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمة (حقًّا) ساقطة من (ز)، وقد انفردت بها (م)، وجملة (له في الرهن حقًّا) يقابلها في (م): (له حقًّا في الرهن) بتقديم وتأخير.

(11) قوله: (فأمَّا المرتهن فقد ... يكن قبل ذلك) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **6/ 159**.

(12) ما يقابل عبارة (أنَّ الراهن لو) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل عبارة (أخذ الرهن من يد المرتهن؛ لم يكن) مطموس في (م).

(14) ما يقابل كلمتا (حق البائع) غير قطعي القراءة في (م).

(15) ما يقابل عبارة (التي باعها قبل) غير قطعي القراءة في (م).

بين الموت والفلس على ما ذكرنا[1].

فإن قيل: فقد رَوى ابنُ[2] أبي ذئب عن أبي [م: 252/ أ] المعتمر عن عمرو بن خالد، قال: أتينا[3] أبا هريرة في صاحب لنا مفلس، فقال: لأقضين بينكم بقضاء رسول الله ﷺ «مَنْ أَفْلَسَ، أَوْ مَاتَ فَوَجَدَ رَجُلٌ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[4].

قيل له: أبو المعتمر هذا رجل مجهول، وقد ضعَّفه يحيى بن معين[5].

[فيما لو حكم بالسلعة بعد فلس المبتاع، ولم يقبضها البائع حتى مات المبتاع]

(وإذا أفلس المبتاع فوجد البائع سلعته عنده فحكم له بأخذها، فلم يقبضها حتى مات مبتاعها[6]؛ فله أخذها[7] بعد موته)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنه لما كان له أن يأخذها قبل موته إذا لم يدفع إليه[9] الثمن، وكذلك له أخذها بعد موته إذا لم يدفع [ز: 747/ ب] إليه الثمن -وذلك بمنزلة الشفيع[10] إذا وجبت

---

(1) انظر النص المحقق: 19/9.

(2) ما يقابل عبارة (قيل: فقد روى ابن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (ز): (أنبأنا).

(4) ضعيف، رواه أبو داود: 3/ 287، في باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من أبواب الإجارة، برقم (3523).

والبزار في في مسنده: 15/ 269، برقم (8748)، وقال: وهذا الحديث أخطأ فيه أشعث بن سعيد، وهو لين الحديث؛ إذ رواه عن عمرو عن عطاء بن يسار، عن أبي هريرة والصواب ما رواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار، عن هشام بن يحيى، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ.

(5) ما يقابل كلمة (معين) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (مبتاعها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) ما يقابل كلمتا (فله أخذها) غير قطعي القراءة في (م).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 251 و(العلمية): 2/ 263.

(9) كلمة (إليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) ما يقابل عبارة (وذلك بمنزلة الشفيع) غير قطعي القراءة في (م).

له الشُّفعة- ثم مات المشتري قبل أخذه لها[1]؛ فله أن يأخذها بعد موته، كما كان له أن[2] يأخذها قبل موته.

قال الأبهري: ويحتمل أن تكون هذه المسألة.

ووجْهُها هو أن يكون بائع[3] السلعة قد اختار أخذها بعد فلس المشتري، ثم يموت المشتري قبل قبض البائع لها، فيكون له قبضها[4] باختياره لها قبل موته[5]، والله أعلم.

[في ضمان مال المفلس]

(وإذا جمع الحاكم مال المفلس[6] ليبيعه[7] لغرمائه فتلف قبل بيعه؛ فعلى المفلس ضمانه، ودين الغرماء ثابتٌ في ذمته.

ولو باع الحاكم ماله وقبض[8] ثمنه، ثم تلف الثمن قبل قبض الغرماء له[9]؛ كان عليهم ضمانه، وقد برئ المفلس منه.

وقال محمد بن عبد الحكم: ضمان الثمن من المفلس دون الغرماء.

وقال عبد الملك: إذا كان ماله[10] ذهبًا أو ورقًا ودينُه كذلك فتلف ماله بعد نزعه وجمعه[11]؛ فضمان الذهب ممن له عليه ذهب، وضمان الورق ممن له عليه ورق)[12].

---

(1) كلمتا (أخذه لها) يقابلهما في (ز): (أخذها).

(2) ما يقابل عبارة (كما كان له أن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (بائع) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (قبضها) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (لها قبل موته) مطموس في (م).

(6) في (م): (مفلس).

(7) ما يقابل كلمة (ليبيعه) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (ماله وقبض) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) كلمة (ماله) يقابلها في (م): (مال المفلس).

(11) كلمتا (نزعه وجمعه) يقابلهما في (م): (جمعه ونزعه) بتقديم وتأخير.

(12) التفريع (الغرب): 2/ 251 و252 و(العلمية): 2/ 263.

اختُلِفَ في مال المفلس إذا تلف قبل البيع فقال مالك: مصيبته من المفلس حتى يقبضه الغرماء[1]؛ وسواء كان عينًا أو عرضًا، ولا شيء على الحاكم؛ لأنه أمين.

وقال أيضًا: مصيبته إن كان غير عين[2] من المفلس[3].

قال الأبهري: لأنَّ مال الغريم إذا تلف بعد جمعه وقبل بيعه؛ فهو على مِلْك الغريم فتلفه منه؛ لأنَّ زيادته -إن زاد- له، وإن نقص فعليه، وكذلك تلفُه منه؛ لأنَّ[4] ملكه لم يزل بقبض الحاكم له كما يزول ملكه[5] ببيع الحاكم عليه[6]، ويصير الثمن للغرماء؛ لأنَّ الثمن قد زال ملك الذي عليه الدَّين[7] عنه[8] وصار للغرماء.

وليس كذلك ماله إذا جمع ولم يبع؛ لأنَّ الغرماء إنما يستحقُّون أثمانه دون أعيانه ومصيبة العين من الغرماء؛ لأنهم يستحقون[9] أعيانه.

وقال عبد الملك: (إذا كان ماله[10] ذهبًا أو ورقًا ودينه كذلك، فتلف ماله بعد جمعه ونزعه [منه][11]؛ فضمان الذهب ممن له عليه ذهب، وضمان الورق ممن له عليه ورق)[12].

واختُلِف إذا باعه الحاكم وجَمَع ثمنه، ثم تلف قبل قبض الغرماء له، فقال مالك: التلف[13] من الغرماء؛ لأنه مِلكٌ لهم، ....

---

(1) كلمتا (يقبضه الغرماء) يقابلهما في (م): (يقبض للغرماء).

(2) عبارة (إن كان غير عين) يقابلها في (م): (ما ليس بعين).

(3) قوله: (اختلف في مال ... غير عين من المفلس) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3168.

(4) في (ز): (لأنه).

(5) كلمة (ملكه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) ما يقابل كلمة (الدين) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (ز): (منه).

(9) عبارة (أثمانه دون... لأنهم يستحقون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) كلمة (ماله) يقابلها في (م): (مال المفلس).

(11) كلمة (منه) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من كافي ابن عبد البر.

(12) قول عبد الملك بنصِّه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 828.

(13) ما يقابل عبارة (الغرماء له، فقال مالك: التلف) غير قطعي القراءة في (م).

والحاكم قابض[1] لهم، وقد[2] برئ المفلس منه[3].

قال الأبهري: لأنَّ قبض الحاكم[4] ثمن ما باعه من مال الذي عليه الدَّين هو قبض للغرماء؛ لأن يده كأيديهم؛ لأنه إنما يبيع لهم، فكأنه باع[5] ذلك بأمرهم فهو وكيلهم[6]، فإذا تلف ثمن ذلك؛ فهو منهم؛ لأنَّه باع لهم وقبض الثمن لهم[7].

وقال محمد بن عبد الحكم: ضمان الثمن من المفلس [ز: 748/ أ] حتى يقبضه الغرماء؛ لأنَّ الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع[8].

وروى[9] عبد الملك عن مالك أنه قال: ضمان ما تلف من ذلك كله[10] من الغرماء؛ مَنْ حَضَر منهم ومن غاب، مَنْ عَلِم منهم ومن لم يعلم[11]، كان دَينه عرضًا، أو عينًا، أو حيوانًا[12].

[الصانع يستأجر لصناعة سلعة، ثم يفلس ربُّ السلعة]

(ومن استؤجر على[13] صنعةٍ في سلعةٍ فصنعها، ثم أفلس ربُّ السلعة؛ فالصانع أحق بالسلعة [م: 252/ ب] **حتى يقبض أجرته في فلس ربها وموته)[14].**

---

(1) في (ز): (يقبض).
(2) ما يقابل كلمة (وقد) غير قطعي القراءة في (م).
(3) قوله: (واختلف إذا باعه... منه) بنحوه في التلقين، لعبد الوهاب: 2/ 169.
(4) ما يقابل عبارة (لأنَّ قبض الحاكم) غير قطعي القراءة في (م).
(5) ما يقابل عبارة (يده كأيديهم؛ لأنه إنما يبيع لهم، فكأنه باع) غير قطعي القراءة في (م).
(6) في (م): (وتوكيلهم).
(7) ما يقابل عبارة (وقبض الثمن لهم) غير قطعي القراءة في (م).
(8) قوله: (وقال محمد بن عبد الحكم... البيع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 170.
(9) ما يقابل عبارة (لأنَّ الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع وروى) غير قطعي القراءة في (م).
(10) ما يقابل كلمة (كله) غير قطعي القراءة في (م).
(11) ما يقابل عبارة (منهم ومن غاب، من علم منهم ومن لم يعلم) غير قطعي القراءة في (م).
(12) قوله: (وروى عبد الملك عن... حيوانًا) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3168.
(13) ما يقابل عبارة (ومن استؤجر على) غير قطعي القراءة في (م).
(14) التفريع (الغرب): 2/ 252 و(العلمية): 2/ 263 و264.

اعلم أنَّ من استؤجر على صنعة في سلعة يعملها من الخياطة والقصارة والصبغ وشبه[1] ذلك ثم فلس ربها؛ فلا يخلو الصانع أن يكون عمل ذلك أو لم يعمله، فإن لم يكن عمله؛ كان بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يعمل، ويكون أسوة الغرماء، وليس له أن يعمل ليكون شريكًا بصنعته[2].

فإن عمل، فلا يخلو إما[3] أن يكون سلَّم ذلك لربه أو لم يسلمه[4]، فإن كان لم يسلم السلعة؛ كان أحق بها في الموت والفلس؛ لأنه كالرهن، وإن كان سلم السلعة[5] لربها وخرجت من يده؛ فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس[6].

[فيمن اكترى أرضًا، ثم فلس أو مات قبل أن ينقد الأجرة]

(ومن اكترى أرضًا فزرعها[7]، ثم مات أو فلس قبل أن ينقد أُجرتها؛ فربُّ الأرض أحقُّ بالزرع الذي فيها حتى يستوفي أجرته)[8].

لأن ذلك كالرهن[9].

قال الأبهري: لأنَّه بمنزلة من وَجَد عينَ ماله عند المفلس[10]، فهو أحقُّ به؛ لأنَّ الزرع إنما نبت[11] عن أرضه، فهو كأنه سبب حدوثه، ....

=

ما يقابل عبارة (فلس ربها وموته) غير قطعي القراءة في (م).

(1) في (ز): (وغير).

(2) قوله: (فإن لم يكن عمله... بصنعته) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3181.

(3) كلمة (إما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) ما يقابل كلمة (يسلمه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (سلم السلعة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قوله: (فإن عمل، فلا ... والفلس) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 337.

(7) ما يقابل عبارة (اكترى أرضًا فزرعها) غير قطعي القراءة في (م).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 252 و(العلمية): 2/ 264.

(9) قوله: (لأن ذلك كالرهن) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 337.

(10) ما يقابل عبارة (ماله عند المفلس) غير قطعي القراءة في (م).

(11) في (ز): (نبتت).

فأشبه ذلك من وجد عين ماله[1] عند المفلس؛ فهو أحق به.

أسلمها دون الموت؛ لأن الأرض[2] ليست في يده، فأشبه بائع السلعة[3] إذا [4]. وقال ابن القاسم وأشهب: ربُّ الأرض أحق بالزرع في الفلس.

[في الذي يستأجر دارًا سنةً ولم ينقد أجرتها حتى فلَّس أو مات بعد أن سكن بعض السنة]

(ومن استأجر دارًا سنةً ولم ينقد أجرتها فسكنها بعضَ السَّنة، ثم فلس أو مات؛ فربُّ الدار أحق بما بقي من مدة الإجارة، ويحاصُّ غرماءَه بأجرة ما مضى)[5].

اعلم أن من استأجر دارًا سنةً ولم ينقد أجرتها، فسكنها بعض السَّنة ثم أفلس أو مات؛ فربُّ الدار أحق بما بقي من مدة الإجارة.

قال الأبهري: لأنَّ ذلك عين ماله؛ فله أخذ ذلك[6] كما أن[7] له أخذ سلعته من الفلس، وما مضى فهو أسوة[8] الغرماء في أجرته، وإن أحبَّ حاصَّ الغرماء بكلِّ الكراء، وَتَرَكَ للمفلس[9] سكن باقي السَّنة، كما يكون له ذلك في الفلس إذا وجد بعض سلعته؛ إلَّا أن يدفع إليه الغرماء حصة ما بقي من مدة الإجارة بالتقويم، فذلك لهم ويحاصص[10] ....

(1) ما يقابل عبارة (من وجد عين ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (ز): (الزرع).

(3) ما يقابل عبارة (فأشبه بائع السلعة) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قوله: (وقال ابن القاسم وأشهب... بائع السلعة إذا أسلمها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 45 و46.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 253 و(العلمية): 2/ 264.

(6) عبارة (عين ماله فله أخذ ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمة (أن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) ما يقابل كلمة (أسوة) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (م): (المفلس).

(10) في (ز): (ويحاصصوه).

هو بما[1] مضى من مدة الإجارة؛ لأنَّ تلك الأجرة[2] عادت دَيْنًا في ذمة المكتري. [ز: 748/ ب]

(ومن استؤجر على رعي[3] غنمٍ أو حفظ متاع ثم أفلس مستأجره؛ فالأجير أسوة الغرماء، ولا سبيل له إلى[4] الغنم والمتاع الذي استؤجر على حفظه ورعايته)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ[6] هذا الأجير ليس لعمله تأثير يحصل، فيكون أحق به، ومن لا يكون لعمله[7] تأثير؛ فهو بمنزلة من لم يجد سلعته عند[8] مفلس، فهو أسوة الغرماء.

وأما من استؤجر[9] على أن يزرع، أو يسقي، أو يؤبر، أو ما أشبه ذلك مما له تأثير؛ فهو بمنزلة[10] من وجد سلعته عند مفلس؛ فهو أحق بها في الفلس، وهو في الموت[11] أسوة الغرماء.

قال الأبهري: لأنَّ الأجير على أن يزرع أو يسقي بمنزلة بائع السلعة إذا وجدها عند المفلس؛ فهو أحق بها، وكذلك هذا[12] الأجير؛ لأنَّ الزرع والنخل إنما زاد أو وُجِدَ بعمله،

---

(1) في (م): (إذا).

(2) في (ز): (الإجارة).

(3) ما يقابل كلمة (رعي) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (له إلى) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمة (ورعايته) ساقطة من طبعة دار الغرب.

التفريع (الغرب): 2/ 253 و(العلمية): 2/ 265.

(6) ما يقابل كلمتا (ذلك؛ لأنَّ) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمتا (يكون لعمله) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(8) ما يقابل كلمتا (سلعته عند) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (وأما من استؤجر) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (ذلك مما له تأثير، فهو بمنزلة) غير قطعي القراءة في (م).

(11) عبارة (أحق بها في الفلس، وهو في الموت) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(12) ما يقابل عبارة (إذا وجدها عند ... وكذلك هذا) غير قطعي القراءة في (م).

فكان أَوْلَى به[1]؛ لوجود عَين ماله، ولا يكون أَوْلَى في الموت كما لا يكون بائع السلعة أَوْلَى بها إذا مات المشتري.

[صداق المرأة إذا فلَّس زوجها ولم تقبضه]

(وللمرأة [م: 253/ أ] أن تحاصَّ[2] غرماء زوجها إذا فلس بصداقها في حياته، ولا تحاصصهم بصداقها بعد وفاته، قاله[3] ابن القاسم.

وقال غيره: تحاصصهم بصداقها في فلسه وموته)[4].

اختُلِف في الزوجة هل تحاص بصداقها[5] غرماء زوجها في الفلس والموت، أو في الفلس دون الموت؟

فقال ابن القاسم -فيما حكى عنه ابن الجلَّاب-: (إنها تُحاصصهم به في الفلس دون الموت). وقال غيره[6]: تحاصصهم في الفلس والموت.

وقيل: لا تحاصصهم به بحال؛ لأنها ليست بمعاوضة حقيقة[7].

[إقرار المفلس بدين بعد فلسه]

(وإذا أقرَّ المفلس بديْنٍ[8] بعد فلسه؛ لم يقبل ذلك[9] على غرمائه ووجب ما أقرَّ به في ذمته، فإن أفاد مالًا غير ما في يده؛ قضى من ذلك المال ما أقرَّ به)[10].

---

(1) ما يقابل عبارة (فكان أَوْلَى به) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (تحاصص).

(3) ما يقابل عبارة (بصداقها بعد وفاته، قاله) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 253 و(العلمية): 2/ 265.

(5) عبارة (هل تحاص بصداقها) يقابلها في (ز): (أتحاص).

(6) في (ز): (غيرهم).

(7) قوله: (اختلف في الزوجة ... بمعاوضة حقيقة) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 832.

(8) كلمة (بدين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) ما يقابل عبارة (لم يقبل ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 254 و(العلمية): 2/ 266.

=

اعلم أنَّ المفلس إذا أقرَّ بدينٍ، فلا يخلو:

إمَّا أن يقر به[1] وهو قائم الوجه لم يقم عليه غرماؤه إلى الآن[2] ولا فلسوه، فإن كان كذلك؛ فإقراره جائزٌ لازم، وكذلك لو أقرَّ بدينٍ وقت القيام[3] عليه، فإنه يصحُّ إقراره ويلزم ويدخل ذلك المقر له مع[4] الغرماء.

فإن أقر بعد التفليس بدينٍ؛ فلا يقبل إقراره؛ كان الإقرار لمن يتهم في حقِّه أو لا يتهم، ولا يدخل مع الغرماء، ويكون[5] الغرماء أحق بما في يد الغريم من الذي أقرَّ له بدين[6].

قال الأبهري: لأنه يتهم[7] على إخراج المال عن الذين فلسوه إلى غيرهم؛ من أجل ما فلسوه وقاموا عليه، فلا يُقبل إقراره في المال الذي في يده، وتلزم[8] ذمته إقراره.

قال الأبهري: ولأن المال الذي حجر عليه فيه قد وجبَ فيه حقٌّ لمن حجر عليه من أجله، فليس له أن يخرجه[9] عنهم بما يحدث من الإقرار.

[ز: 749/ أ] فإن أفاد مالًا غير ما في يديه؛ دخل فيه المقر له ومن بقي له من الأولين شيء؛ لأنَّ التهمة إنما كانت في المال الأول دون الثاني[10].

قال الأبهري: وليس أحدهم أحق بأخذ ماله من الآخر؛ إذ حقوقهم كلهم واحدة لا

=

ما يقابل عبارة (المال ما أقر به) غير قطعي القراءة في (م).

(1) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل كلمة (الآن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (فإن كان كذلك... بدينٍ وقت القيام) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (المقر له مع) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (الغرماء ويكون) غير قطعي القراءة في (م).

(6) من قوله: (اعلم أنَّ المفلس) إلى قوله: (من الذي أقرَّ له بدين) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 4.

(7) في (ز): (متهمٌ).

(8) ما يقابل عبارة (في المال الذي في يده، وتلزم) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (من أجله، فليس له أن يخرجه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قوله: (فإن أفاد مالًا... دون الثاني) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 14.

فضيلة لأحدهم على الآخر في ذلك.

[بيع المفلس والمديان وشرائهما
وهبتهما وعتقهما وصدقتهما]

(وبيع المفلس وابتياعه جائزٌ على غرمائه إذا لم يحاب في بيعه وشرائه، ولا تجوز هبته ولا عتقه ولا صدقته؛ إلّا بإذن غرمائه.

وكذلك المديان الذي لم يفلسه غرماؤه في هبته وعتقه وصدقته، وفي رهن المفلس روايتان:

إحداهما جوازه. والأخرى منعه.

وليس له بعد التفليس أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، وله ذلك قبل فلسه)[1].

اعلم أن أفعال المفلس على ثلاثة أوجه:

جائزة، وممنوعة، ومختلف فيها، فأما بيعه وشراؤه وهبته للثواب ونكاحه وما أشبه ذلك مما خرج عن[2] وجه المعاوضة؛ فجائزٌ قبل الفلس وبعده.

وأما هبته وصدقته وعتقه؛ فممنوع وكذلك تدبيره؛ لأنَّ ذلك كله معروف، والدَّين مبدَّأ على معروفه[3].

وأما المختلف فيه فالكتابة والرهن[4]، وما يقضي لبعض غرمائه[5] دون بعض[6].

أما الكتابة، فاختُلِف فيها[7] فقيل: هي من ناحية العتق فترد، وقيل: هي من ناحية البيع فتمضي.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 254 و(العلمية): 2/ 267.

(2) في (ز): (على) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) ما يقابل عبارة (والدَّين مبدَّأ على معروفه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (فالكتابة والرهن) يقابلهما في (م): (فالرهن والكتابة) بتقديم وتأخير.

(5) ما يقابل عبارة (يقضى لبعض غرمائه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (بعض) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) ما يقابل عبارة (فاختلف فيها) غير قطعي القراءة في (م).

وأما الرهن وقضاء الديون لبعض[1] غرمائه دون بعض، فأجاز ذلك مرة ما لم يعلم[2]، ومنعه مرة وردَّه، وجَعَل للغرماء أن يدخلوا على القابض والمرتهن فيحاصُّوه[3].

قال الأبهري: فوجه قوله: (إنه لا يجوز رهنُه) فلأن حقَّ الغرماء قد وجب في ذمته وتعلَّق بماله؛ فليس[4] له أن يُخْرِج ذلك عنهم إلى غيرهم، ولا إلى بعضهم دون بعض إلَّا بإذنهم له في ذلك[5].

ووجه قوله: (إن له أن يرهن ما لم يفلس)، فلأن بيع مَن عليه[6] دَين وشراءه لما كان[7] جائزًا، وكذلك تصرفه في المال على وجه المعاوضة والصلاح[8]، فكذلك [م: 253/ ب] يجوز رهنه وارتهانه.

وأما قضاؤه لبعض غرمائه دون بعض فجائز ما لم يحجَر عليه[9].

قال الأبهري: لأنَّ من كان عليه الدَّين يجوز له التصرف في ماله بالبيع[10] والشراء، وكذلك يجوز له أن يقضي ويقتضي؛ لأنه على أصل الإطلاق حتى يحجر عليه وقبل ذلك، فله أن يتصرف فيما لا يتلف ماله.

---

(1) ما يقابل عبارة (الرهن وقضاء الديون لبعض) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (ما لم يعلم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) ما يقابل عبارة (يدخلوا على القابض والمرتهن فيحاصُّوه) غير قطعي القراءة في (م).

من قوله: (اعلم أن أفعال المفلس) إلى قوله: (القابض والمرتهن فيحاصُّوه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3153، وما بعدها.

(4) ما يقابل عبارة (إنه لا يجوز ... بماله؛ فليس) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (بيع مَن عليه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (لما كان) غير قطعي القراءة في (م).

(8) عبارة (المعاوضة والصلاح) يقابلهما في (م): (الصلاح والمعاوضة) بتقديم وتأخير.

(9) قوله: (وأما قضاؤه...فجائز ما لم يحجَر عليه) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 5.

(10) عبارة (في ماله بالبيع) يقابلها في (م): (في البيع).

[فيمن أعتق عبده على مال، ثم أفلس العبد قبل الأداء]

(ومن أعتق عبده على مالٍ، ثم أفلس العبد قبل أدائه؛ لم يحاصَّ[1] السيد بدينه غرماءه)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه[3] ليس بدينٍ محقَّق إذا كان سيده قادرًا على انتزاعه بغير عتق، وإذا لم يكن دينًا[4] محققًا؛ لم يقع[5] التحاصُص به مع الديون المحققة.

[فيمن استقرض مالين من رجلين؛ لإحياء زرعه فأفلس]

(ومن زرع [ز: 749/ ب] زرعًا فأصابته جائحةٌ، فاستقرض من رجلٍ[6] مالًا، فأنفقه عليه فلم يكفه، فاستقرض من رجلٍ[7] آخر مالًا فأنفقه عليه، ثم أفلس[8]؛ فالثاني أحقُّ بالزرع من الأول[9]، ثم الأول أحق بما بقي من سائر غرماء المفلس)[10].

اعلم أنَّ من[11] زرع زرعًا[12] فأصابته جائحةٌ، فاستقرض[13] من رجل مالًا

---

(1) في (م): (يحاصص).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 254 و(العلمية): 2/ 268.

(3) ما يقابل كلمة (لأنه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (يكن دينًا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (لم يقع) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (فاستقرض من رجل) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمة (رجل) ساقطة من (م) وقد انفَردت بها (ز).

(8) كلمتا (ثم أفلس) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(9) ما يقابل كلمة (الأول) غير قطعي القراءة في (م).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 254 و255 و(العلمية): 2/ 268.

(11) ما يقابل عبارة (اعلم أنَّ من) غير قطعي القراءة في (م).

(12) كلمة (زرعًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(13) ما يقابل كلمتا (جائحةٌ، فاستقرض) غير قطعي القراءة في (م).

فأنفقه عليه، فلم يكفِهِ، ثم استقرض[1] من آخر مالًا، فأنفقه عليه ثم أفلس؛ فالثاني أحق بالزرع من[2] الأول؛ لأنَّ بماله وقع إحياء الزرع، فإن فضل عنه شيءٌ؛ كان للأول[3].

قال الأبهري: لأنَّ صاحب الدَّين الآخر هو أقوى سببًا؛ لأن حياة الزرع بماله كانت، ولولا[4] دَينه الذي أنفق على الزرع لتلف الزرع، فكان بمنزلة مَن وجد سلعته عند مفلسٍ أنه أحق بها من[5] غيره الذي لم يجد عَين سلعته، ثم يكون بعده الذي يليه في النفقة، ثم الذي يليه على[6] هذا الترتيب؛ لأنَّ كل من تأخَّر دَينه الذي حيا به الزرع أقوى سببًا ممن تقدمه.

وكذلك الأجراء هم بهذه المنزلة يتقدَّم الأجير على الذي تقدمه؛ لأنَّ بعمله نبت الزرع وحيا، فهو بمنزلة من وجد عين ماله أنه أولى به من غيره، ثم الذي يلي هذا على الترتيب المتقدم[7].

[فيمن استدان فأفلس، فانتزع غرماؤه ماله، ثم أفلس مرة أخرى]

(ومن أفلس فانْتَزَع غرماؤه ماله ثم داين آخرين ثم أفلس مرة أخرى؛ فالغرماء الآخرون أحق بماله من الأولين حتى يستوفوا حقوقهم، فإن فضَلَ فضلٌ؛ فهو للأولين.

---

(1) كلمتا (ثم استقرض) يقابلهما في (ز): (فاستقرض).

(2) ما يقابل كلمتا (بالزرع من) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (اعلم أنَّ من زرع ... شيءٌ كان للأول) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 831.

(4) ما يقابل كلمتا (كانت، ولولا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (أحق بها من) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (على) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) عبارة (يلي هذا على الترتيب المتقدم) يقابلها في (م): (يليه على هذا الترتيب).

وهذا[1] فيما حصل في يده من معاملة الآخرين، فأمَّا ما ملكه بميراث أو هبة أو أرش جناية أو وصية؛ فإن الأولين[2] والآخرين فيه أسوة واحدة)[3].

اعلم أن من فلس فانتزع غرماؤه ماله، ثم داين آخرين، ثم فلس مرةً أخرى؛ فالغرماء الآخرون أحق بماله من الغرماء الأولين حتى يستوفوا حقوقهم؛ لأنه مال لهم، فإن فضل بعد ذلك فضلٌ؛ كان لغرمائه[4] الأولين.

وأما ما ملكه بميراث أو صدقة أو هبة أو أرش جناية[5] أو وصية؛ فإن الغرماء الأولين[6] والآخرين فيه سواء يدخلون كلهم[7].

قال الأبهري: لأنَّ ما يحدث له من فائدةِ ميراث أو عقل جرح[8]، فغرماؤه[9] فيه سواء؛ لأن أحدهم ليس أوْلَى من الآخر[10]، وليس هذا بمنزلة ما يداينه قومٌ بعد قوم أن الآخرين أولى من الأولين؛ لأنَّ هؤلاء أحق بالمال[11] الذي في يده؛ إذ هو عَين مالهم أو بدله، وليس كذلك ما كان من فائدة ميراث[12]، أو عقل جرح[13].

---

(1) ما يقابل عبارة (فهو للأولين وهذا) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (أو وصية؛ فإن الأولين) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمة (واحدة) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

التفريع (الغرب): 2/ 255 و(العلمية): 2/ 269.

(4) ما يقابل كلمة (لغرمائه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) عبارة (أو هبة، أو أرش جناية) يقابلها في (م): (أو أرش جناية أو هبة) بتقديم وتأخير.

(6) ما يقابل عبارة (أو وصية؛ فإن الغرماء الأولين) مطموس في (م).

(7) كلمة (كلهم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

من قوله: (اعلم أن من فلس) إلى قوله: (سواء يدخلون كلهم) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 4 والمدونة (صادر/ السعادة): 5/ 232.

(8) في (ز): (جراح).

(9) ما يقابل كلمة (فغرماؤه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (أوْلَى من الآخر) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (هؤلاء أحق بالمال) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل كلمتا (فائدة ميراث) غير قطعي القراءة في (م).

(13) في (ز): (جراح).

فإن لم يرد الغرماء الآخرون تفليسه، وقال الذين فلسوه أولًا: إن في يده[1] فضلًا نأخذه؛ كَشَفَ السلطان عن [ز: 750/ أ] ذلك[2]، فإن وجد فَضْلًا آخر[3] في يديه بمقدار ما يوفي الآخرين[4]، وقضى بالفضل للأولين، فهذا إذا كان المال الثاني[5] حصل له بمعاملة.

فإن حصل له بهبة أو ميراث أو صدقة، فإن لم يكن عامل أحدًا بعد التفليس[6] الأول؛ أخذه [م: 254/ أ] الذين فلَّسوه أولًا على الحصص المتقدمة إن لم يكن فيه وفاء، فإن كان عامل آخرين وفلَّسوه؛ اقتسم تلك الفائدة الأولون والآخرون بقدر الباقي لهم[7].

بابٌ في المأذون له والحجر على العبد والمكاتبين[8]

(وإذا اتجر العبد بغير إذن سيده؛ فللسيد أن يُسقِط الدَّين عنه، فإن لم يسقط الدَّين عنه حتى عتق؛ كان للغرماء أن يتبعوه به)[9].

وإنما كان للسيد أن يسقط الدَّين عنه؛ لأنَّ بقاء الدَّين في ذمة العبد تعيبه[10] على سيده، وليس للعبيد أن يعيب ملك سيده.

قال الأبهري: لأن ذلك ضررًا على سيده[11]؛ فله أن يزيل الضرر[12] عنه بإبطال ذلك

(1) في (م): (يديه).

(2) ما يقابل عبارة (كشف السلطان عن ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمتا (فضلًا آخر) يقابلهما في (ز): (مقدارًا).

(4) في (ز): (الأجرة).

(5) ما يقابل كلمتا (المال الثاني) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (التفليس) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (فإن لم يرد الغرماء الآخرون تفليسه ... الباقي لهم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6/ 3160**.

(8) جملة (بابٌ في المأذون ... العبد والمكاتبين) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) التفريع (الغرب): **2/ 255** و(العلمية): **2/ 269**.

(10) ما يقابل كلمة (تعيبه) غير قطعي القراءة في (م).

(11) جملة (وليس للعبيد أن يعيب ... على سيده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(12) ما يقابل عبارة (أن يزيل الضرر) غير قطعي القراءة في (م).

من ذمة عبده، ولأنَّ من دَاينه مع علمه[1] بأنه مملوكٌ عرَّض ماله للإتلاف، فإن لم يسقطه[2] عنه حتى عتق؛ كان للغرماء أن يتبعوه به؛ لأن حقَّ السيد قد سقط عنه[3] بالعتق.

قال الأبهري: وليس يشبه العبد في هذا الحر السفيه إذا اتجر[4] بغير إذن وليِّه؛ لأنَّ السفيه إنما مُنع من أجل نفسه، فلا يلزمه[5] ما استدان بوجهٍ؛ لأن مَن داينَه قد أتلف ماله[6]، والعبد لم يُمنَع من أجل نفسه وقلة تمييزه، وإنما مُنع من أجل سيده، فإذا زال حق السيد؛ كان الدَّين ثابتًا عليه[7].

[العبد يتجر بإذن سيده ثم يفلس]

(وإذا اتجر العبدُ بإذن سيده ثم فلس؛ فدينه في ماله [وذمته][8]، وغرماؤه أحق بماله من سيده، ولا سبيل لهم على رقبته ولا على سيده؛ إلَّا أن يضمن السيد[9] الدَّين عنه، فيلزمه غرمه بضمانه)[10].

اعلم أن العبدَّ إذا اتجر[11] بإذن سيده، ثم فلس؛ فدينه[12] في ماله الذي في يديه[13]؛ لأنَّ الغرماء داينوه على أن يكون المال في ذمته وماله الذي في يديه؛ لأنَّ السيد لما أَذِنَ له في

(1) كلمتا (مع علمه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل عبارة (ماله للإتلاف، فإن لم يسقطه) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمة (عنه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) ما يقابل كلمة (اتجر) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (نفسه، فلا يلزمه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (بوجه؛ لأن مَن داينَه قد أتلف ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(7) انظر: مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [166/ أ].

(8) كلمة (وذمته) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(9) ما يقابل كلمة (السيد) غير قطعي القراءة في (م).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 255 و(العلمية): 2/ 269.

(11) ما يقابل عبارة (اعلم أن العبد إذا اتجر) غير قطعي القراءة في (م).

(12) كلمة (فدينه) يقابلها في (م): (فإن دينه).

(13) عبارة (الذي في يديه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

التجارة[1] كان ذلك منه رضًا بتعلُّق الدَّين بماله، وليس للسيد انتزاع ماله.

ولو فلس السيد؛ كان غرماء العبدِ أَوْلَى بمال[2] العبد من غرماء السيد، وغرماء السيد أَوْلَى برقبة العبدِ؛ لأنَّ رقبته ملكٌ للسيد، ولا حقَّ لغرماء العبد فيها.

وجعل أبو حنيفة لغرماء العبد بيعه.

ودليلنا أن الدَّين الحاصل عن مراضاة السيد لا يتعلق بالرقبة، وإنما يتعلَّق بالمال أو بالذمة كالحرِّ إذا[3] دايَنَ ثم فلس؛ فإن رقبته لا تباع ولا تؤاجر؛ لأنَّ الغرماء إنما يُداينون على مال العبد[4] لا على مال غيره، ورقبته ليست بمال له.

وإنما قلنا: (لا سبيل لهم على السيد)؛ لأنَّ السيدَ إنما أذن له في التجارة بالمال المدفوع إليه دون [ز: **750**/ ب] غيره؛ إلَّا أن يضمن السيد عنه فيلزمه الضَّمان؛ لأنه ألزمه نفسه[5].

[في إقرار العبد المفلس لسيده أو لغيره بدَين]

(وإن داينه السيد؛ فهو أسوةُ غرمائه[6]، وإذا أقرَّ العبد المفلس لسيده أو لغيره بدين؛ لم يقبل إقراره على غرمائه)[7].

اعلم أنَّ من بايع عبده[8] مبايعةً صحيحةً بغير محاباة أو أسلفه؛ فإن السيد يضرب بذلك مع الغرماء.

---

(1) ما يقابل عبارة (على أن يكون ... في التجارة) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (غرماء العبدِ أَوْلَى بمال) غير قطعي القراءة في (م).

(3) عبارة (أو بالذمة كالحر إذا) يقابلها في (ز): (وإذا) وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(4) في (ز) و(م): (الغريم)، وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب .

(5) عبارة (لأنه ألزمه نفسه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

من قوله: (اعلم أن العبد إذا) إلى قوله: (الضَّمان؛ لأنه ألزمه نفسه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 171** و**172**.

(6) في (م): (الغرماء).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 255** و(العلمية): **2/ 269**.

(8) ما يقابل عبارة (اعلم أنَّ من بايع عبده) غير قطعي القراءة في (م).

قال الأبهري: لأنه[1] لا فرق بينه وبين الغرماء في ذلك[2] إذا ثبت حقُّه ببينة، وإن وجد سيده سلعته بعينها؛ كان أحق بها إلَّا أن يدفع له الغرماءُ ثمنها[3] فذلك لهم[4].

وإن اشترى من سيده سلعةً بثمن كثير مما يعلم أنه توليج؛ فالغرماء أحق بما في يد العبد[5].

قال يحيى بن عمر: ويضرب السيد معهم بقيمة السلعة فقط وتسقط المحاباة[6].

وأما قوله: (وإذا أقرَّ العبدُ المفلس لسيده أو لغيره بمال؛ لم يُقبل إقراره على غرمائه) فاعلم أن إقرار السيد المأذون له في التجارة[7] جائزٌ بثلاثة شروط، وهي:

أن يقر لمن لا يتهم عليه، وقبل أن يحجر[8] عليه سيده، وقبل أن يقوم عليه غرماؤه، فإذا كان كذلك؛ جاز إقراره في الصحَّة والمرض[9]، فإن أقرَّ لمن يتهم[10] عليه؛ لم يجز إقراره[11].

والتهمة في إقراره على وجهين:

فإن كان لا دَين [م: **254**/ ب] عليه؛ رُوعيت التهمة فيمن كان من جهته؛ كالوالد والولد والأخ والصديق والزوجة، ومن أشبههم ممن[12] يتهم أن يفر[13] من سيده إليه.

---

(1) كلمة (لأنه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) ما يقابل عبارة (وبين الغرماء في ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (الغرماءُ ثمنها) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (توليج؛ فالغرماء أحق بما في يد العبد) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (وإن اشترى من سيده سلعةً ... يد العبد) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 16**.

(6) قول يحيى بن عمر بنصِّه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): **3/ 68**.

(7) ما يقابل عبارة (فاعلم أن إقرار السيد المأذون له في التجارة) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (أن يحجر) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (والمرض) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمتا (لمن يتهم) يقابلهما في (ز) و(م): (لمن لا يتهم) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(11) كلمتا (يجز إقراره) يقابلهما في (ز): (يتهم) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(12) في (ز): (لمن).

(13) ما يقابل كلمتا (أن يفر) غير قطعي القراءة في (م).

وإن كان عليه دَين وتبيَّن[1] فلسه؛ رُوعيت التهمة ممن كان [من ناحيته -حسب ما تقدَّم- وفيمن كان من ناحية سيده][2]، فلا يصح إقراره لسيده، ولا لمن هو من سبب سيده؛ كالأب والابن والأخ؛ لأنَّه يتهم أن يقر عن[3] غرمائه؛ إلَّا أن يكون للمقر له[4] لطخٌ أنه كان يعامله؛ فيجوز إقراره لسيده ما لم يأت[5] بما لا يشبه أن يعامله بمثله[6].

قال الأبهري: وإن كان العبدُ المأذون له متهمًا لمن أقر له[7] بمودةٍ أو صداقة؛ لم يؤخذ بقوله[8]، وكذلك الأحرار إذا اتهموا في إقرارهم كما إذا اتهموا في شهاداتهم لا تقبل؛ ألا ترى أن شهادة[9] الابن لأبيه، وشهادة الأب لابنه[10]، والعدو على عدوه غير مقبولة؛ للتهمة في ذلك مع جواز أن يكونوا[11] قد شهدوا بالحق، وكذلك لا ينبغي إقرار من يتهم[12] في إقراره مع جواز أن[13] يكون صادقًا، وإن كان غير متهم قبل إقراره.

وإنما يعلم أنه متهم أو غير متهم؛ لما[14] يعرفه الناس من أحوالهم، ومودة بعضهم

---

(1) في (ز): (وبين).

(2) عبارة (من ناحيته -حسب ... ناحية سيده) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من تبصرة اللخمي.

(3) في (ز): (على).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) عبارة (ما لم يأت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) من قوله: (إقرار السيد المأذون) إلى قوله: (يشبه أن يعامله بمثله) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3248 و3249.

(7) في (ز): (به).

(8) ما يقابل عبارة (يؤخذ بقوله) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (ألا ترى أن شهادة) غير قطعي القراءة في (م).

(10) عبارة (الابن لأبيه، وشهادة الأب لابنه) يقابلها في (م): (الأب لابنه وشهادة الابن لأبيه) بتقديم وتأخير.

(11) في (م): (يكون).

(12) كلمتا (من يتهم) يقابلهما في (م): (متهم).

(13) ما يقابل عبارة (إقراره مع جواز أن) غير قطعي القراءة في (م).

(14) في (م): (بما).

لبعض، وانحراف بعضهم[1] عن بعض يجتهد في ذلك من ينزل به الأمر[2].

واختُلف إذا أقرَّ -بعد أن حجر عليه سيده- بدَينٍ لأجنبي، فأجاز[3] ذلك ابن القاسم.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز[4]: لا يجوز إقراره[5].

قال اللخمي: والأول أحسَن؛ [ز: 751/ أ] لأنَّ السيد قد مكَّنه من البيع والشراء، والعادة من الناس أنهم لا يشهدون على مثل هذا، فلو رُدَّ إقراره؛ ذهبت أموال الناس، وإقراره إذا قام الغرماء بفلسه[6] كإقرار الحرِّ؛ فالموضع الذي يصح فيه إقرار الحر يصح فيه إقرار العبد، والموضع الذي يسقط فيه إقرار الحر يسقط فيه إقرار العبد[7].

بابُ الحجر

(ويُحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس رشدُهم، ويحجر على[8] السفهاء من الأكابر، وهم المبذِّرون لأموالهم)[9].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ الآية [النساء: 6]، ولأنَّ الصغير لا يعرف حفظ ماله، ولا يحسن التصريف فكان كالمجنون فوجب الحجرُ عليه.

والأصل في السفيه الكبير قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ الآية [البقرة: 282].

---

(1) ما يقابل كلمتا (وانحراف بعضهم) غير قطعي القراءة في (م).

(2) .

(3) ما يقابل كلمة (فأجاز) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (كتاب ابن المواز) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (وقال ابن القاسم في كتاب ... يجوز إقراره) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 9/ 333.

(6) ما يقابل عبارة (إذا قام الغرماء بفلسه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) من قوله: (واختلف إذا أقر بعد) إلى قوله: (يسقط فيه إقرار العبد) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3248 و3249.

(8) كلمتا (ويحجر على) يقابلهما في (م): (وعلى).

(9) التفريع (الغرب): 2/ 256 و(العلمية): 2/ 270.

واختُلِفَ فيمن يُخْدَعَ في البيوع، فقيل: لا يحجَر عليه؛ لقول النبي ﷺ للذي كان يُخْدَع في البيوع: «**إِذَا بَايَعْتَ، فَقُلْ: لاَ خِلاَبَةَ**»(1).

وقال ابن شعبان: يُضرب على يده(2).

فإذا ثبت أنه يحجر على هؤلاء، وزال(3) الوجه الذي كان الحجر لأجله؛ زال الحجر، فيزول عن اليتيم بالبلوغ والرشد، وعن المجنون بنفس(4) إفاقته إذا كان الجنون طارئًا بعد البلوغ؛ لأنه كان على رشد، وإن كان الجنون قبل البلوغ؛ لم يُدفع إليه [ماله](5) إلَّا بعد ثبات الرشد، وإن كان ممن لا(6) يُخدع في ماله؛ دُفع إليه إذا علم منه التدرُّب على البيع والشراء، وعرف الوجوه الذي يؤتى عليه منها.

والحجر إلى الآباء(7) والسلطان والسيد، وهو إلى الآباء في صغار(8) بنيه في الحياة، وعند(9) الوفاة يقيم لهم وصيًّا، وفي الإناث إن كنَّ كبارًا ما لم يتزوجن ويدخل بهنَّ أزواجهنَّ، والسلطان في الصغار عند عدم الأب أو وصيُّه، وفي الكبار مع وجود الأب(10) إذا حدث [م: 255/ أ] بعد البلوغ ما يوجب الحجر، فإن ذلك إلى السلطان دون الأب؛ ليوقفه للناس، والسيد في عبده(11).

---

(1) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 4/ 988، في باب جامع البيوع، من كتاب البيوع، برقم (582).
والبخاري: 3/ 65، في باب ما يكره من الخداع في البيع، من كتاب البيوع، برقم (2117).
ومسلم: 3/ 1165، في باب من يخدع في البيع، من كتاب البيوع، برقم (1533) جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(2) في (م): (يديه).

(3) ما يقابل عبارة (على هؤلاء، وزال) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (بنفس) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمة (ماله) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من تبصرة اللخمي.

(6) كلمة (لا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) في (م): (الأب).

(8) ما يقابل عبارة (وهو إلى الآباء في صغار) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (م): (وبعد).

(10) ما يقابل كلمتا (وجود الأب) غير قطعي القراءة في (م).

(11) من قوله: (والأصل في ذلك قوله تعالى: وابتلوا) إلى قوله: (والسيد في عبده) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5587 وما بعدها.

[الحجر على الفاسق المصلح لماله]

(ولا يُحْجر على فاسق إذا كان مصلحًا لماله)[1].

اختُلف في الفاسقِ المصلحِ لماله هل يحجر عليه أم لا؟

فقال مالك: لا يُحْجَر عليه.

وقال الشافعي: يُحْجَر عليه[2].

ودليلنا أن الحجرَ إنما يرجع إلى المال لمعنى يرجع إلى إضاعته[3] وتبذيره لا إلى قلَّة الدين؛ ألا ترى أنه يُستدام[4] الحجر على البالغ؛ لوجود هذا المعنى كما يستدام في الصغير[5].

وقد ثبت[6] أن الفسق لو طرأ على[7] الكبير لم يُحجر عليه، وكذلك إذا بلغ وهو موجود به[8].

قال اللخمي: وأرى أنه إن كان رجلًا عاقلًا مثمِّرًا[9] لماله؛ إلَّا أنه يستعين بذلك على الفسق[10]، وشرب الخمر[11] أن يُحجر عليه، وذلك لحقِّ الله سبحانه؛ لأن تغيير المنكر فرضٌ، فإذا كان لا يزجر هذا مع بقاء المال في يديه إلا الحجر عليه؛ حُجِر عليه[12].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 256 و(العلمية): 2/ 270.

(2) انظر: الأم، للشافعي: 3/ 220.

(3) عبارة (لمعنى يرجع إلى إضاعته) يقابلها في (ز): (بمعنى إضاعته).

(4) في معونة عبد الوهاب: (يبتدئ).

(5) في (ز): (الصغر).

(6) ما يقابل كلمة (ثبت) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (طرأ على) غير قطعي القراءة في (م).

(8) من قوله: (اختُلف في الفاسق) إلى قوله: (وهو موجود به) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 158 و159.

(9) ما يقابل عبارة (رجلًا عاقلًا مثمِّرًا) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في (م): (الفسوق).

(11) في (ز): (الخمور).

(12) كلمتا (حجر عليه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5585.

[تصرف المرأة المتزوجة في مالها]

(ولا يجوز للمرأة ذات الزوج أن[1] تهب ولا تعتق ولا تتصدق[2] بأكثر من ثلثها؛ إلَّا بإذن زوجها، فإن تصدَّقت بأكثر من[3] ثلثها؛ فزوجُها بالخيار في إجازة ما زاد على الثلث من صدقتها أو رده.

وقد قيل: له رد[4] صدقتها كلها إذا زادت على ثلثها)[5].

اختُلف[6] في المرأة ذات الزوج، هل لها أن تتصرف في مالها بالهبة والصدقة في أكثر من ثلثها أم ليس لها ذلك؟

قال مالك: ليس لها أن[7] تتصرف فيما زاد على ثلثها من غير معاوضة إلا بإذن زوجها؟

وقال الشافعي وأبو حنيفة: لها ذلك[8].

ودليلنا[9]: قوله ﷺ: «**تُنكح المرأة لمالها وجمالها**»[10]، وذلك يفيد أن للزوج[11] حق في[12] تبقية المال بيدها[13]، ولأنَّ العادة جاريةٌ أن الزوج يتجمَّل بمال زوجته، ويبين ذلك أن

---

(1) ما يقابل كلمة (أن) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (تعتق ولا تتصدق) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (بأكثر من) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (له رد) غير قطعي القراءة في (م).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 256 و(العلمية): 2/ 270.

(6) ما يقابل كلمة (اخلف) غير قطعي القراءة في (م).

(7) عبارة (أن تتصرف في... ليس لها أن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) انظر: الأم، للشافعي: 3/ 153.

(9) كلمتا (ذلك ودليلنا) يقابلهما في (م): (ذلك وقال مالك: ليس لها ذلك ودليلنا).

(10) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 7، في باب الأكفاء في الدين، من كتاب النكاح، برقم (5090). ومسلم: 2/ 1086، في باب استحباب نكاح ذات الدين، من كتاب الرضاع، برقم (1466) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(11) كلمتا (أن للزوج) يقابلهما في (ز): (يفيد الزوج أن له).

(12) ما يقابل كلمتا (حق في) غير قطعي القراءة في (م).

(13) كلمة (بيدها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

مهر المرأة يقل ويكثر بحسب قلة مالها وكثرته، فإذا ثبت ذلك؛ فليس لها إبطال [غرض الزوج](1) مما(2) لأجله رغب في نكاحها، وكمل لأجله صداقها(3).

ورُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا(4) يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ أن تقضي فِي ذِي بَالٍ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا**»(5).

فرأى العلماء أن ذا بال من مالها ما جاوز الثلث، وأجازوا لها القضاء في ثلثها(6).

فإذا تصدَّقت بأكثر من ثلثها، فهل يُرد ما زاد على الثلث، أم يرد الجميع؟

فقال مالك: يرد الجميع؛ لأنَّه من الضرر.

وقال المغيرة: يجوز منه قدر الثلث؛ اعتبارًا بالمريض(7).

[حكم بيع وشراء المرأة المتزوجة]

(ولا بأس ببيع المرأة ذات الزوج وشرائها إذا لم تحاب في ذلك، وليس لزوجها منعها من بيعها وشرائها)(8).

وإنما قال ذلك؛ لأنها إنما مُنعت من إخراج المال بغير عوض، فإذا باعت(9) واشترت، فقد أخرجت مالها بعوض، فلم تمنع من ذلك.

---

(1) كلمتا (غرض الزوج) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من معونة عبد الوهاب.

(2) في (م) و(ز): (ما) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) من قوله: (اختُلف في المرأة) إلى قوله: (وكمل لأجله صداقها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 164.

(4) كلمة (لا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) صحيح، رواه ابن ماجة: 2/ 798، في باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، من كتاب الهبات، برقم (2388)، عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بلفظ: «لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ فِي مَالِهَا، إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا، إِذَا هُوَ مَلَكَ عِصْمَتَهَا».

(6) قوله: (ورُوي عن النبي ... في ثلثها) بنحوه في الأحكام، لابن حبيب (بتحقيقنا)، ص: 210.

(7) قوله: (فإذا تصدَّقت بأكثر ... اعتبارًا بالمريض) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 164.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 256 و(العلمية): 2/ 270.

(9) ما يقابل عبارة (عوض، فإذا باعت) غير قطعي القراءة في (م).

وهذا[1] ما لم تُحاب، فإذا حابت فقد أخرجت[2] مالها بغير عوض، ومنعت زوجها.

[هبة المرأة والعبد وصدقتهما بأزيد من الثلث دون علم الزوج والسيد]

(وإذا وهبت المرأة، أو تصدَّقت بأكثر من[3] ثلثها، ولم يعلم بذلك زوجها حتى طلَّقها أو مات عنها؛ نفذ فعلها ولم يرد.

وكذلك العبدُ إذا وهب أو تصدَّق[4] ولم يعلم السيد بذلك حتى أعتقه؛ نفذ فِعله، ولم يرد بعد[5] عتقه)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأن السيد والزوج إنما حجرا[7] على الزوجة [والعبد][8] من أجل حقهما، فإذا لم يعلما بالتصرف حتى زال الحجر بالطلاق [ز: 752/ أ] والعتق، فقد سقط حقهما وزال حجرهما؛ فلذلك نفذ فعل الزوجة والعبد، والله أعلم[9].



(1) ما يقابل عبارة (من ذلك، وهذا) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (من ذلك، وهذا) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (المرأة، أو تصدَّقت بأكثر من) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (أو تصدق) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمة (بعد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 256 و257 و(العلمية): 2/ 270 و271.

(7) في (ز) و(م): (حجر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(9) عبارة (شرح: وإنما قال ذلك... والعبد، والله أعلم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

بابُ مُداينة السَّفيه[1]

(وإذا استدانَ السفيهُ دَيْنًا بغير إذن وليه[2]؛ لم يلزمه ذلك في حال حَجره ولا بعد فك حَجره، والدَّين ساقطٌ عنه)[3].

اعلم أنَّ السفيه[4] إذا استدان في حال سفهه؛ لم يلزمه ذلك سواء كان[5] ما استدان في حال حجره ولا بعد فك حجره[6]، والدَّين ساقط عنه؛ بخلاف العبد يستدين في حال رقه[7] ثم يعتق، فإنه يلزمه [م: 255/ ب] الدين ويتبع به.

والفرق بينهما هو أنَّ السفيه حُجِرَ عليه لحق نفسه، ولو كان الدَّين يلحقه؛ لم ينفع الحجر [عليه][8] شيئًا، والعبد حُجِرَ عليه لحقِّ سيده، فإذا عتق؛ زال حق السيد واتبع[9] به دينًا في ذمته[10].

وقد بسَطَ الأبهري هذا الفرق فقال: لأنَّ السفيه مما لا تجوز عقوده وأخذه وإعطاؤه؛ لنقصه في نفسه، لا من أجل حق غيره عليه، ولو لزمه ما استدانه إذا صلحت حاله؛ لما كان للحجر عليه فائدة.

فأمَّا العبد، فإنه لم يُحجر عليه من أجل[11] نقصه، وإنما حُجِرَ عليه من[12] أجل

---

(1) جملة (بابُ مُداينة السَّفيه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) ما يقابل عبارة (السفيهُ دَيْنًا بغير إذن وليه) غير قطعي القراءة في (م).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 257 و(العلمية): 2/ 272.

(4) ما يقابل كلمتا (أنَّ السفيه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (ذلك سواء كان) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (فك حجره) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (حجره).

(8) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(9) ما يقابل كلمة (واتبع) غير قطعي القراءة في (م).

(10) من قوله: (اعلم أن السفيه إذا) إلى قوله: (واتبع به دينًا في ذمته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 161 و162.

(11) ما يقابل كلمتا (من أجل) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل كلمة (من) غير قطعي القراءة في (م).

حق[1] سيده.

فإذا زال عنه حقُّ سيده لزمه ذلك؛ ألا ترى أن السيدَ لو أذن له في ذلك[2]؛ للزمه، وليس[3] يجوز ذلك في المحجور عليه، فافترقا لهذه العلة، واتبع العبد بما يستدينه، ولم يتبع[4] المحجور عليه إذا صلحت حاله؛ لأن الذي داينه أتلف ماله.

[في السفيه يستدين في مالٍ تاجَرَ به بإذن الولي]

(وإذا أذن الولي للسفيه في التجارة في مالٍ بعينه[5]، فاستدان دينًا؛ وجب دينه في ماله ولم يجب عليه شيء[6] في ذمته، فإن فَضَل الدَّين عن ماله؛ لم يتبع[7] بالفضل في ذمته)[8].

اعلم أن الوليَّ إذا أذِنَ للسفيه في التجارة في مالٍ بعينه، فاستدان[9] دينًا؛ فلا يلزمه الدينُ فيما دفع إليه، ولا فيما أبقَى[10]؛ لأنه لم يخرج من الولاية بذلك[11].

قال ابن القاسم: وهو بخلاف العبد يأذَن له سيده في التجارة؛ لأن[12] العبد لم يمنع

(1) كلمة (حق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل عبارة (أذن له في ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (وليس) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (ولم يتبع) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (بعينه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (ولم يجب عليه شيء) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (لم يتبع) غير قطعي القراءة في (م).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 257 و(العلمية): 2/ 272.

(9) ما يقابل كلمة (فاستدان) غير قطعي القراءة في (م).

(10) جملة (فلا يلزمه الدينُ فيما ... ولا فيما أبقَى) يقابلها في (ز): (وجب دينُه في ماله، ولم يجب عليه شيءٌ في ذمته، فإن فضل الدَّين عن ماله؛ لم يتبع بالفضل في ذمته).

(11) قوله: (اعلم أن الوليَّ إذا ... يخرج من الولاية بذلك) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 834.

(12) ما يقابل كلمة (لأن) غير قطعي القراءة في (م).

لسفهٍ فيه[1]، وإنما مُنِعَ من[2] البيع والنكاح؛ لأنَّ ملكه بيد غيره، فإذا أذن السيد له[3] جاز، والصبي والسفيه ليس ملكهما بيد[4] أحدٍ، فليس الإذن[5] لهما مزيلًا للسفه.

وقال غيره في اليتيم المختبر بالمال: (يلحقه دين[6] ما ادَّان فيه خاصة)[7]، وهو قول ابن الجلَّاب[8] خاصة.

فوجه قول ابن القاسم: هو أن هذا الإذن لم يخرجه من[9] الولاية، وإنما هو لاختبار حاله، فهو كالمولى عليه يعامل.

ووجه قول غيره: هو أن إِذْنَ وليه في التجارة يقتضي تعلُّق دين[10] من يداينه فيها؛ لأنَّه[11] على ذلك داينه، وهو مطلق اليد فيها [ز: 752/ ب] كالرشيد[12].

[الوصي والولي مصدَّقان فيما ذكرا من النفقة]

(والوصي مصدَّقٌ فيما ذكر من نفقة اليتيم، وكذلك ولي السَّفيه مصدَّقٌ في نفقته)[13].

وإنما قال[14] ذلك؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما أمين، والأمين مصدَّق فيما يقول إذا أتى بما يشبه.

---

(1) في (ز): (منه).

(2) ما يقابل كلمة (من) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمتا (السيد له) يقابلهما في (م): (له السيد) بتقديم وتأخير.

(4) ما يقابل كلمة (بيد) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (الإذن) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (دين) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 222، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 437.

(8) ما يقابل عبارة (وهو قول ابن الجلَّاب) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (عن).

(10) ما يقابل كلمة (دين) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (يداينه فيها؛ لأنَّه) غير قطعي القراءة في (م).

وقوله: (فوجه قول ابن القاسم ... فيها كالرشيد) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 482.

(13) التفريع (الغرب): 2/ 257 و(العلمية): 2/ 272.

(14) ما يقابل كلمتا (وإنما قال) مطموس في (م).

قال الأبهري: ولأنَّ النفقة لا بدَّ منها؛ إذ لا بدَّ للناس من القوت والثوب وأشباه ذلك فإنَّ بهم حاجةً إليه، فعلى الوصي أن يُنفق على اليتيم.

وكذلك الولي ينفق على السفيه والمجنون، والقول قوله إذا أتى بما يُشبه من النفقة من غير بينة يقيمها على ذلك؛ لأنَّ في تكليفه إقامة البينة على كل ما ينفق ضررًا ومشقةً عليه، وذلك يؤدي إلى أنه لا ينفق عليه أصلًا؛ لتعذر الشهادة على النفقة في[1] كل قليلٍ وكثير.

ولا خلاف في[2] هذا أنه ليس عليه أن يأتي بالبيِّنة على ما أنفق إذا كان يشبه ما يذكره[3] من النفقة.

[دعوى الوصي بردِّ مال اليتيم]

(وإذا بلغ اليتيم، فادَّعى وصيُّه أنه قد ردَّ إليه ماله[4]؛ لم يُصدَّق عليه، ولم يقبل قوله إلَّا ببينةٍ تشهد له)[5].

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ الآية [النساء: 6]، فأَمَرَ الولي بالتوثق لنفسه، والإشهاد عند تسليم المال الذي تحت يده إلى غير من ائتمنه عليه، ولولا أنه يضمن [متى جحد][6] لم يكن للأمر بالتوثق فائدة[7].

قال الأبهري: ولأنَّه لا مشقَّة عليه في الإشهاد عند[8] دفعه المال[9] إليهم؛ لأنَّه لا يكون

(1) في (ز): (من).

(2) ما يقابل عبارة (ولا خلاف في) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (يشبه ما يذكره) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (إليه ماله) يقابلهما في (م): (ماله إليه) بتقديم وتأخير.

(5) ما يقابل كلمتا (تشهد له) غير قطعي القراءة في (م).

والتفريع (الغرب): 2/ 257 و(العلمية): 2/ 272 و273.

(6) كلمتا (متى جحد) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من معونة عبد الوهاب: 2/ 163.

(7) قوله: (والأصل في ذلك ... فائدة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 163.

(8) في (ز): (في).

(9) ما يقابل كلمة (المال) مطموس في (م).

ذلك في مرة[1] أو مرتين، وليس نسق، ولا يتعذَّر إقامة البينة.

فإن قيل: إن القول في ذلك قول وَلي اليتيم؛ لأنه [م: 256/ أ] مؤتمنٌ في ذلك، كما كان القول قول المودِع في دفع الوديعة إلى[2] المودَع؛ لأنه مؤتمنٌ؛ فوجب أن يستويا في ذلك!

قيل له: ولي اليتيم لم يأتمنه اليتيم على نفسه، وكذلك ولي السفيه؛ بل ائتمنه غيره، فلم يقبل قوله في دفع مالهم إليهم إذا أنكروا ذلك؛ لأنهم لم يؤتمنوا والمودَع ائتمنه المودِع واختاره لماله؛ فَقُبِل قوله في دفع المال إلى[3] المودَع؛ لأنَّه هو الذي ائتمنه.

وكذلك لو قال المودِع: قد دفعتُ المال إلى غير المودَع؛ لم يُقبل قوله إلَّا ببينة[4]؛ لأنَّ الذي يدَّعي دفع المال إليه لم يأتمنه؛ فلهذا افترق حكم المودع والموصي فيما يذكران مِن[5] دفعِ المال؛ فإنَّ[6] الوصيَّ عليه البينة على ذلك، وليس على المودع ذلك.

[التجارة في مال اليتيم]

(ولا بأس بالتجارة في مال[7] اليتيم، ولا ضمان على الوصي في ذلك)[8].

والأصل في ذلك ما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه[9] قال: "اتَّجِرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى، لاَ تَأْكُلُهَا الزَّكَاةُ"[10].

---

(1) ما يقابل عبارة (لا يكون ذلك في مرة) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمة (إلى) مطموس في (م).

(3) جملة (مالهم إليهم إذا أنكروا ذلك... المال إلى) يقابلها في (ز): (المال إلى الصبي؛ لأنَّه لم يأتمنه بخلاف).

(4) ما يقابل كلمتا (إلَّا ببينة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) حرف الجر (مِن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(6) في (ز): (أن)، وهو غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (في مال) غير قطعي القراءة في (م).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 257 و(العلمية): 2/ 273.

(9) ما يقابل كلمة (أنه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) رواه مالك بلاغًا في موطئه: 2/ 353، في باب زكاة أموال اليتامى، والتجارة لهم فيها، من كتاب الزكاة، برقم (863)، عن عمر رضي الله عنه.

فيجب على الموصى التجر فيها[1]، وقد وَرَد مرفوعًا[2]، ولأنَّ[3] في ذلك نظرًا ومصلحة وتنميةً لماله[4]، ولا ضمان على الوصي في نقصٍ إن حدث؛ لأنه أمين[5].

[خلط مال اليتيم بمال الوصي]

(ولا بأس أن يخلط الوصي نفقة اليتيم [ز: 753/ أ] **بماله، إذا كان الرفق في ذلك لليتيم، ولا يجوز إذا كان الرفق في ذلك للولي.**

وينبغي لولي اليتيم[6] أن يوسِّع عليه في نفقته وكسوته بالمعروف على قدر حاله، ولا بأس بتأديبه)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الوصي إنما يجوز[8] له التصرف في مال الصبي إذا كان على جهة المصلحة، وإلا لم يجز.

واحتجَّ الأبهري على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ الآية [البقرة: 220]، فليس يجوز[9] أن يأخذ الفضل في المخالطة من مال اليتيم؛ لأنَّ ذلك[10] ضررًا على اليتيم[11]، وإذا كان له الفضل على اليتيم جاز؛ لأنَّ في ذلك منفعة لليتيم.

---

(1) ما يقابل عبارة (فيجب على الموصى التجر فيها) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ضعيف، رواه الطبراني في الأوسط: 4/ 264، برقم (4152).

والهيثمي في مجمع الزوائد: 3/ 67، برقم (4359)كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(3) ما يقابل كلمة (ولأن) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (نظرًا ومصلحة، وتنميةً لماله) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (والأصل في ذلك ... لأنه أمين) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 163.

(6) كلمتا (لولي اليتيم) يقابلهما في (م): (للولي).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 257 و258 و(العلمية): 2/ 273.

(8) ما يقابل كلمتا (إنما يجوز) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (يجب).

(10) ما يقابل كلمتا (لأنَّ ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(11) كلمة (اليتيم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وإنما جاز[1] له أن يخلط ماله بمال[2] يتيمه[3] إذا كان نظرًا له؛ لمشقة انفراد كل واحدٍ منهما بما يأكل ويشرب، وخاصَّة إذا كانوا في بيتٍ واحد، فجوِّزت[4] لهم الخلطة على الصلاح لليتيم.

وأما قوله: (وينبغي للولي أن يوسِّع عليه في نفقته وكسوته بالمعروف على قدر حاله).

قال الأبهري[5]: وإنما قال ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ الآية [الطلاق: 7].

وقال النبي ﷺ: «**إن الله إذا أنعم على عبدٍ أحبَّ أن يرى أثر نعمته عليه**»[6]، فإذا كان اليتيم موسَّعًا عليه؛ وسع عليه في نفقته، وإذا كان[7] فقيرًا؛ أنفق عليه بحسب[8] ذلك؛ لأنَّ في ذلك كله فعل صلاح اليتيم، وعلى القيِّمِ به[9] أن يفعلَ ما هو صلاح لليتيم في نفقته[10] وحاله على حسب ما يراه كافيًا له، لا يزيد على حاجته ولا ينقص عن[11] ذلك، ويجوز له تأديبه؛ لأنَّ في ذلك مصلحةً وحسن تربيته.

---

(1) ما يقابل كلمتا (وإنما جاز) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (ماله بمال) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (اليتيم).

(4) في (ز): (فجوز).

(5) كلمتا (قال الأبهري) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) حسن صحيح، رواه الترمذي: 5/ 123، في باب ما جاء إن الله تعالى يحب أن يرى أثر نعمته على عبده، من أبواب الأدب، برقم (2819)، عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بلفظ: «إِنَّ اللهَ يُحِبُّ أَنْ يَرَى أَثَرَ نِعْمَتِهِ عَلَى عَبْدِهِ».

(7) ما يقابل كلمتا (وإذا كان) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (عليه بحسب) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (وعلى القيم به) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (في نفقته) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (حاجته ولا ينقص عن) غير قطعي القراءة في (م).

قال الأبهري[1]: كما يجوز له أن يفعل ذلك بولده.

وقد رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَا نَحَلَ وَالِدٌ وَلَدًا أَفْضَلَ مِنْ أَدَبٍ حَسَنٍ**»[2].

ورُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال[3]: «**مُرُوا الصِّبْيَانَ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ**»[4]، فأباح[5] النبيُّ ﷺ ضربهم تأديبًا لهم.

وكذلك يجوز لولي اليتيم ضربه تأديبًا له، ولكن تأديبه[6] له بالرفق والمعروف إذا احتاج إلى ذلك[7].

[النفقة على أم اليتيم، وإخراج الزكاة والأضحية عنه]

(وينفق على أمِّ [م: 256/ ب] **اليتيم من ماله إذا كانت محتاجةً، وتخرج الزكاة من ماله، وتؤدَّى عنه زكاة الفطر من ماله، ويُضحى عنه من ماله)**[8].

وإنما قال: **(ينفق على أمه إذا كانت محتاجةً)** فلأنَّ النفقة عليها[9] واجبة من ماله، فعليه أن ينفق عليها ما لابدَّ لها منه كما عليه أن يخرج الواجبات من ماله.

وأما قوله: **(وتخرج الزكاة من ماله)** فإنما قال ذلك؛ لأنَّ الزكاة من جملة لوازم[10] المال

---

(1) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(2) رواه أحمد في مسنده، برقم (16717).

والطبراني في الكبير: 12/ 320، برقم (13234) كلاهما عن أيوب بن موسى عن أبيه عن جده.

(3) عبارة (ما نحل والد... أنه قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) تقدم تخريجه في باب الحج بالأصاغر من كتاب الحج: 239/5.

(5) ما يقابل كلمة (فأباح) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (ضربه تأديبًا له، ولكن تأديبه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (فأباح النبيُّ ﷺ ضربهم... إذا احتاج إلى ذلك) بنحوه في التلقين، لعبد الوهاب: 2/ 169.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 257 و258 و(العلمية): 2/ 273.

(9) في (ز): (عليه).

(10) ما يقابل كلمتا (جملة لوازم) غير قطعي القراءة في (م).

التي يجب على الوصي إخراجها[1]، ويؤدي عنه زكاة الفطر، ويضحِّي عنه من ماله؛ لأنه مأمورٌ[2] بذلك كالأب[3].

قال الأبهري: ولأن زكاة[4] الفطر فرضٌ عليه؛ فعليه أن يخرج ما يلزمه منها، كما[5] عليه أن يخرج[6] زكاة المال إذا حلَّت عليه، وكذلك[7] يضحي عنه؛ [ز: 753/ ب] لأنَّ الأضحية واجبةٌ وجوب السنة، وقال رسول الله ﷺ: «**أُمِرْتُ بِالنَّحْرِ، وَهُوَ لَكُمْ سُنَّةٌ**»[8].

(1) ما يقابل كلمة (إخراجها) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمة (لأنه مأمور) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (ويؤدي عنه زكاة الفطر ... مأمور بذلك كالأب) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **1/ 418**.

(4) ما يقابل كلمتا (ولأن زكاة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (كما) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (أن يخرج) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (إذا حلت عليه، وكذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(8) تقدم تخريجه في كتاب الأضحية: **32/6**.

كتابُ الرَّهن[1]

(والرهنُ في البيع والقرض والحقوق كلها جائزٌ)[2].

والأصل في ذلك[3] الكتاب والسُّنة والإجماع.

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ الآية [البقرة: 283].

وأما السُّنة فما رُوي عن النبي ﷺ أنه اشترى طعامًا وهو بالمدينة[4]، فرهن فيه دِرْعَه، أخرجه البخاري ومسلم[5].

وأما الإجماع فلا خلاف في جوازه في الجملة، وإنما[6] الخلاف في تفاصيله.

إذا ثبت هذا فيجوز في البيع والقرض والحقوق كلها؛ كان ذلك[7] في سفر أو في[8] حضر، خلافًا لمن قصره على السفر.

ودليلنا: ما رُوي عن النبي ﷺ **«أنه اشترى طعامًا وهو بالمدينة، فرهن فيه درعه»**.

ولأنَّ كل وثيقة جاز أن يتوثق بها[9] في السفر؛ جاز أن يتوثق بها في الحضر، كالضمين[10].

---

(1) جملة (كتابُ الرهن) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 258 و(العلمية): 2/ 273.

(3) ما يقابل عبارة (شرح: والأصل في ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (أنه اشترى طعامًا وهو بالمدينة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 56، في باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة، من كتاب البيوع، برقم (2068).

ومسلم: 3/ 1226، في باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، من كتاب المساقاة، برقم (1603)، عن عائشة رضي الله عنها «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ، وَرَهَنَهُ دِرْعًا مِنْ حَدِيدٍ» وهذا لفظ البخاري.

(6) ما يقابل عبارة (فلا خلاف في جوازه في الجملة، وإنما) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (والحقوق كلها، كان ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(8) حرف الجر (في) ساقط من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) ما يقابل كلمة (بها) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في (م): (كالضامن).

و من قوله: (والأصل في ذلك) إلى قوله: (بها في الحضر، كالضمين) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: =

[فيمن باع بيعًا واشترط رهنًا]

(ومن باع بيعًا واشترط رهنًا بعينه؛ لزم المشتري دفعه إليه.
وإن اشترط رهنًا مطلقًا فامتنع المشتري من دفعِه إليه؛ فالبائع بالخيار في إمضاء البيع بغير رهن وفي فسخه)[1].

اعلم أن من باع بيعًا واشترط رهنًا، فلا يخلو ذلك الرهن من وجهين:
إمَّا أن يكون معينًا، وإمَّا أن يكون مطلقًا.

فإن كان معينًا؛ لزم المشتري دفعه إليه، وجُبِرَ على تسليمه، ولا يبطل العقد بتأخيره، وهو عقدٌ لازم.

وقال أبو حنيفة والشافعيّ: إذا عقداه من غيرِ قَبْضٍ فهو عقدٌ جائز، وليس بلازم، فإن شاء الراهن قَبَضَه[2] ولزم، وإلَّا فلا[3].

ودليلنا على لزومه هو أنه عقدٌ من[4] العقود، فلم يكن من شرطِ انعقاده قبض المعقود عليه؛ كسائر العقود[5].

وإن كان رهنًا مطلقًا[6]؛ صحَّ العقد، وقيل للمبتاع: أعطِ البائع رهنًا يتوثق به؛ كالثياب والحلي والدُّور، وإن أعطاه شيئًا من ذلك؛ لزم البائع قبوله.

فإن أعطاه[7] عبدًا أو دابة؛ لم يلزم البائع قبول ذلك؛ لأنَّ في حفظه كلفة ومشقة[8].

=

2/ 144 و145.

(1) التفريع (الغرب): 2/ 258 و(العلمية): 2/ 273.
(2) في (م) و(ز): (أقبضه) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.
(3) قول أبي حنيفة والشافعي بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 146، وانظر: الأم، للشافعي: 3/ 142.
(4) ما يقابل عبارة (لزومه: هو أنه عقدٌ من) غير قطعي القراءة في (م).
(5) من قوله: (فإن كان معينًا؛ لزم المشتري) إلى قوله: (المعقود عليه، كسائر العقود) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 145 و146.
(6) ما يقابل كلمتا (رهنًا مطلقًا) غير قطعي القراءة في (م).
(7) ما يقابل كلمة (أعطاه) غير قطعي القراءة في (م).
(8) ما يقابل كلمة (ومشقة) غير قطعي القراءة في (م).

وإن أحبَّ المشتري أن يدفع ثيابًا، وامتنع البائع -لأنها[1] مما يضمن- أو أحب المشتري أن يدفع[2] دارًا وامتنع البائع من قبولها[3]، وأحب ما يبين به ويكون تحت غلقه[4]؛ كان القول قول المشتري؛ لأنَّ ذلك كله رهن؛ إلَّا أن يشترط[5] البائع صنفًا فيوفي له[6] به.

فإن امتنع المبتاع من دفع الرهن الذي شرط عليه؛ كان البائع بالخيار بين[7] أن يجيز [م: 257/ أ] البيع بغير رهن أو يرده[8].

[البيع مع شرط الرهن]

(ومن باع سلعة واشترط أنها رهن بحقه إلى أجلِ ثمنها؛ فلا بأس بذلك في العروض [ز: 754/ أ].

وكذلك الدور والأرضون[9].

ومن باع حيوانًا بثمنٍ إلى أجل واشترط أنه رهن إلى أجل؛ لم يجز ذلك)[10].

اعلم أنَّ من باع سلعة[11]، واشترط أنها[12] رهن إلى الأجل لم يخل ذلك الأجل من

(1) في (ز): (لأنهما).

(2) في (م): (يقضي).

(3) ما يقابل عبارة (وامتنع البائع من قبولها) غير قطعي القراءة في (م).

(4) عياض: الغلق: الهلاك، يقال: غلق الرهن - بكسر اللام - يغلق، وقيل: معناه لا يكون له مخلص ومخرج من الغلق وهو ضيق الصدر. اهـ. من التنبيهات المستنبطة: 4/ 2285.

(5) ما يقابل كلمتا (أن يشترط) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (صنفًا فيوفي له) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمة (بين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) من قوله: (وإن كان رهنًا مطلقًا) إلى قوله: (بغير رهن أو يرده) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5733.

(9) عبارة (في العروض وكذلك الدور والأرضون) يقابلها في (ز): (وكذلك سائر الدور والعروض والأرضين).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 258 و(العلمية): 2/ 273 و274.

(11) كلمة (سلعة) يقابلها في (ز): (حيوانًا بثمن إلى أجل).

(12) في (ز): (أنه).

وجهين:

إمَّا أن تكون السلعة تتغير[1] في مثله أو لا تتغير، فإن كان أجلًا تتغيَّر السلعة في مثله؛ لم يجز؛ لأنه لا يدري كيف يقبضها[2].

وإن كان لا تتغير في مثله؛ جاز.

وأما الحيوان فلا يجوز؛ لأنه اشترى معينًا يتأخر قبضه، فلا يدري على[3] أي حالة يقبضه عليه، وهل يبقى أم لا، وذلك غرر.

قال الأبهري[4]: وقد «**نهى النبيُّ ﷺ عن بيع الغرر**»[5].

فأما إذا تأخَّر قبضه اليوم واليومين والثلاثة؛ جاز ذلك[6]؛ لأنه لا يتغيَّر في هذه المدة في الأغلب[7]، فهو بيع شيء معلوم.

(1) ما يقابل كلمتا (السلعة تتغير) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (كيف يقبضها) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (يدري على) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(5) رواه مسلم: **3/ 1153**، في باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، من كتاب البيوع، برقم **(1513)**، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(6) ما يقابل عبارة (والثلاثة؛ جاز ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمتا (في الأغلب) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

[أقسام الرهن]

(والرهن على ضربين: مضمونٌ، وغير مضمون.
فالمضمون منها[1]: الأموال الباطنة مثل: الثياب والحلي[2] والعروض، وكل ما يغاب عليه[3].
وغير المضمون منها: الأموال[4] الظاهرة، مثل: الربع، والحيوان، وما أشبه ذلك)[5].

قال الأبهري: وإنما ضمن ما لا يغاب[6] عليه؛ لأنَّ المرتهن ليس بمؤتمن على الرهن؛ لأنه إنما قبض الرهن لمنفعة نفسه.

وصفة المؤتمن أن يقبضَ الشيء[7] لمنفعة ربه كالمودع، وإذا كان كذلك؛ لم يقبل قوله على تلفِ الرَّهن إذا لم يظهر تلفه، أو تقوم[8] بينة على تلفه إذا كان مما يخفى تلفه.

فإذا قامت البينة على تلفه أو ظهر ذلك؛ لم يكن[9] عليه غرم قيمته؛ لأنَّه ليس بمتعدٍّ؛ كالغاصب فيلزم[10] غُرْمَ ما تلف[11] في يده، ولا هو مالك له[12] فيكون تلفُه منه؛ فوجب لهذه العلة أن يكون تلفه من الراهن إذا علم ذلك، وقد قال ﷺ: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غَنَمُهُ**

(1) ما يقابل عبارة (والرهن على ضربين: مضمونٌ، وغير مضمون فالمضمون منها) مطموس في (م).
(2) كلمتا (الثياب، والحلي) يقابلهما في (م): (الحلي).
(3) عبارة (وكل ما يغاب عليه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).
(4) ما يقابل عبارة (وكل ما ... منها: الأموال) مطموس في (م).
(5) عبارة (وما أشبه ذلك) زيادة من (ز).
التفريع (الغرب): 2/ 259 و(العلمية): 2/ 274.
(6) ما يقابل عبارة (وما أشبه ذلك ... لا يغاب) مطموس في (م).
(7) ما يقابل عبارة (لمنفعة نفسه، ..... الشيء) غير قطعي القراءة في (م).
(8) ما يقابل عبارة (على تلف الرهن ... أو تقوم) غير قطعي القراءة في (م).
(9) ما يقابل عبارة (تلفه أو ظهر ذلك؛ لم يكن) غير قطعي القراءة في (م).
(10) في (م): (فيلزمه).
(11) في (ز): (أتلف).
(12) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»[1].

قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن ما كان من رهنٍ يعرف هلاكه من حيوان أو دار أو أرض، فيهلك في يد المرتهن وعرف هلاكه؛ فهو من الراهن[2].

[فيمن رَهَن ما لا يضمن على أنه ضامنٌ له]

(ومن رهن[3] ما لا يضمن على أنه ضامن له[4]؛ لم يلزمه ضمانه بشرطه.
ومن[5] ارتهن ما يضمن على أنه لا ضمان عليه؛ لم يسقط عنه ضمانه بشرطه، وحُمِلَ في ذلك على سنته)[6].

اختُلِفَ إذا شرط في الرهن ضمان ما لا يضمن، أو عدم ضمان ما يضمن فقال ابن القاسم: هو على ما كان عليه قبل ذلك، وشرطه باطل؛ لأنه خلاف السُّنة[7].

وقال أشهب: شرطه جائز [وهو مصدَّق][8]؛ لقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[9].

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [5/ أ و5/ ب].
والحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه: 8/ 237، برقم (15034).
والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 66، برقم (11218) كلاهما عن سعيد بن المسيب رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(2) موطأ مالك: 4/ 1056.

(3) في (م): (ارتهن).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمتا (بشرطه ومن) يقابلهما في (م): (بشرطه، وحمل في ذلك على سنته، ومن) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 259 و(العلمية): 2/ 274.

(7) ما يقابل كلمتا (خلاف السُّنة) غير قطعي القراءة في (م).
المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 303.

(8) كلمتا (وهو مصدَّق) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.
وقول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 187.

(9) تقدم تخريجه في باب التحكيم لغير القاضي من كتاب الأقضية: 8/492.

قال بعض البغداديين[1]: فوجه قول ابن القاسم هو أنه شرطٌ ينافي أصل الحكم في العقد، فلم يصح.

أصله[2]: إذا شَرَط في الوديعة أنه ضامن، أو اشترط في القرض أنه لا يضمن[3].

قال الأبهري: ولأنَّ أصل [ز: 754/ ب] الرهن ليس بأمانة؛ لأنَّ المرتهن يقبضه[4] لمنفعة نفسه، والأمانة هو ما يقبضه المؤتمن لمنفعة ربه؛ كالوديعة.

فإذا شرط في الرهن[5] أنه وديعة[6]؛ كان شرطه باطلًا؛ لمخالفة شرط الله ورسوله في ذلك، كما لو شرط في الأمانة أنه ضامنٌ لها؛ لكان[7] شرطه باطلًا.

وكما لو شرط في البيع ألَّا درك عليه؛ لكان شرطه[8] باطلًا؛ لأنَّ النبي ﷺ أَبْطَلَ شرط بائع الأمة [م: 257/ ب] على أنَّ الولاء له؛ لأنَّ ذلك خلاف[9] شرط الله ورسوله، وقال: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، شرط اللهِ أَحَقُّ، وقضاؤه أَوْثَقُ**».

واستدلَّ أشهب بقوله ﷺ: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[10].

قال اللخمي: وأرى أن يسقط الضَّمان مع وجود الشرط؛ لأنه شرطٌ صحيحٌ لا فَساد

---

(1) ما يقابل كلمة (البغداديين) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (يصح أصله) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (هو أنه شرطٌ ينافي أصل الحكم ... لا يضمن) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 149 و150.

ومن قوله: (اختلف إذا شرط) إلى قوله: (القرض أنه لا يضمن) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 100.

(4) ما يقابل كلمة (يقبضه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (شرط في الرهن) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (م): (أمانة).

(7) في (م): (كان).

(8) كلمة (شرطه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) ما يقابل كلمة (خلاف) غير قطعي القراءة في (م).

(10) تقدم تخريجه في باب التحكيم لغير القاضي من كتاب الأقضية: 8/492.

فيه؛ فوجب الوفاء به[1].

[قيامُ البينةِ على تلف رهن باطن]

(ومن قامت له بينةٌ على تلف رهنٍ باطن؛ ففيها روايتان:

إحداهما وجوب الضمان عليه.

والأخرى سقوطه عنه)[2].

اختُلِفَ في رهن ما لا[3] يغاب عليه إذا قامت البينة على تلفه هل يسقط الضمان عليه أم[4] لا؟

فقال ابن القاسم: يسقط الضمان عنه.

وقال أشهب: لا يسقط الضمان عنه.

فوجه قول ابن القاسم هو أن سببَ الضمان فيما[5] لا[6] يغاب عليه إنما كان لأجل التهمة، إمَّا[7] أن يكون أخفاه وادَّعى تلفه[8]، أو يكون أتلفه وادَّعى أنه أتلفه بغير صنعه، فإذا قامت له البينة على صدقه، فلم يضمن؛ ألا ترى أنَّ العُرف لمَّا كان يشهد له فيما يظهر تلفه من الرباع والحيوان؛ قُبِلَ قوله، ولم يضمن[9].

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5687**.

(2) عبارة (وجوب الضمان عليه والأخرى: سقوطه عنه) يقابلها في (م): (سقوط الضمان عنه والأخرى وجوبه) بتقديم وتأخير.

التفريع (الغرب): **2/ 259** و(العلمية): **2/ 274**.

(3) كلمة (لا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) ما يقابل كلمتا (عليه أم) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (هو: أن سبب الضمان فيما) مطموس في (م).

(6) كلمة (لا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمة (إما) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمة (تلفه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) من قوله: (اختلف في رهن ما) إلى قوله: (ولم يضمن) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 100** و**101**.

قال الأبهري[1]: وهذا هو[2] الصحيح، ولو وجب عليه ضمان مع قيام البينة على تلفه؛ لكان[3] كالغاصب، وهذا غلطٌ[4]؛ لأنَّ الغاصب متعدٍّ بقبض المغصوب، وليس كذلك المرتهن، ولا أَخَذَ الرهن على طريق[5] المعاوضة؛ كالقرض، فيكون ضامنًا له إذا تلف بصنعه أو بغير صنعه؛ لأنَّ المستقرض[6] دخل على رد مثل العَين متى[7] تصرف فيها، وليس كذلك المرتهن؛ لأنه لم يقبض الرهن للتصرف[8] فيه، فاختلف[9] لهذه العلة، فلم يكن على المرتهن ضمان[10].

واحتجَّ أشهب بحديث[11] صفوان بن أمية حين قال له[12] النبي ﷺ: «**بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»[13]، أي: لا بدَّ من أدائها، وإن شهد على هلاكها العدول، ولأن أصل ذلك الضمان وعليه أخذه[14].

قال الأبهري: ولأنَّ أصل ما يخفى هلاكه هو على الضمان، فليس يسقط ضمانه وإن

---

(1) كلمة (الأبهري) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل كلمتا (وهذا هو) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (عليه ضمان مع قيام البينة على تلفه؛ لكان) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (وهذا غلطٌ) مطموس في (م).

(5) ما يقابل عبارة (وليس كذلك المرتهن، ولا أخذ الرهن على طريق) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (إذا تلف بصنعه أو بغير صنعه؛ لأنَّ المستقرض) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (من) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) ما يقابل عبارة (المرتهن؛ لأنه لم يقبض الرهن للتصرف) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (فاختلفا) غير قطعي القراءة في (م).

(10) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [7/ أ].

(11) ما يقابل كلمتا (أشهب بحديث) غير قطعي القراءة في (م).

(12) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(13) صحيح، رواه أبو داود: **3/ 297**، في باب تضمين العور، من كتاب أبواب الإجارة، برقم (**3566**). والنسائي في سننه الكبرى: **5/ 331**، في تضمين العارية، من كتاب العارية والوديعة، برقم (**5744**)، واللفظ له، كلاهما عن صفوان بن أمية رضي الله عنه.

(14) قوله: (واحتجَّ أشهب بحديث ... الضمان وعليه أخذه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 101**.

علم تلفه ببينة؛ لأنَّ قيام البينة على ذلك نادرٌ، فلا يزال الأصل الذي هو الغالب بالنادر، وهذه رواية ابن عبد الحكم، والله أعلم[1].

[غلَّات الرهن]

(ونَسْل الحيوان رهنٌ مع أمهاتها[2] [ز: 755/ أ] وفراخ النخل والشجر رهنٌ مع أصولها.

وثمر النخل والشجر لا يدخل في الرهن؛ إلَّا أن يَشْترط ذلك مرتهنها.

وألبان الإبل والبقر[3] والغنم وأصوافها غير داخلة في رهنها؛ إلا أن يشترط ذلك مرتهنها)[4].

اعلم أنَّ غلَّات الرهن على ضربين:

أعيان، وغير أعيان، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن، وذلك[5] مثل غلات العبيد والدُّور[6] والحيوان، وما أشبه ذلك.

والأعيان على ضربين:

منها ما ينفصل[7] ويتميز عن[8] الأصل، ومنها ما لا ينفصل ولا يتميز عن الأصل.

فالذي لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهزول؛ فهذا لا خلاف أن حُكْمَه[9] حكم العين المرهونة.

والمتميز نوعان: نوع منه نسلٌ، أو ما يجري مجرى النسل في الحكم؛ كولد الأمة

---

(1) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [6/ ب و7/ أ].

(2) في (م): (الأمهات).

(3) كلمة (والبقر) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 260 و(العلمية): 2/ 274.

(5) كلمة (وذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) كلمتا (العبيد والدُّور) يقابلهما في (م): (الدور والعبيد) بتقديم وتأخير.

(7) ما يقابل كلمة (ينفصل) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (ز): (على).

(9) ما يقابل عبارة (لا خلاف أن حكمه) غير قطعي القراءة في (م).

ونسل الحيوان، وفسيل النخل وفراخ الشجر[1]؛ فهذا يكون رهنًا مع الأصل.

والنوع الآخر الذي لا يوصف بذلك؛ كثمر النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها؛ فهذا لا يكون رهنًا مع الأصل؛ إلَّا أن يشترط ذلك مرتهنها.

وإنما قلنا: (إن الغلَّة والأجرة[2] لا تكون رهنًا)؛ لقوله ﷺ: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[3]، فالإطلاق[4] يفيد انفراده ونفيِ الشركة عنه، ولأنهما أعيان منفصلة عن الرهن ولا يكون حكمها حكم الأصل[5].

قال الأبهري: ولأنَّ ثمرة النخل خراج فهي للراهن؛ لأنَّ مِلْكْ الراهن له، فالخراج له بالضمان، وكما لا يكون لبن الحيوان رهنًا معها؛ فكذلك لا يكون ثمر النخل والشجر رهنًا معها.

قال: وكل رهنٍ له غلَّة، فلا تكون الغلةُ رهنًا معه؛ إلَّا أن يشترط فيكون رهنًا إلى محل الحق[6].

واختُلِفَ في الصُّوف إذا كمل نباته، هل يكون رهنًا مع الغنم أم لا؟

فقال ابن القاسم: يكون رهنًا.

وقال أشهب: لا يكون رهنًا معها، كلبن في ضروعها[7].

وإنما قلنا: (إذا اشترطها دخلت في الرهن) فلأنَّ ذلك بمنزلة من اشترط رهن سلعتين؛

---

(1) عبارة (وفسيل النخل وفراخ الشجر) يقابلها في (ز) و(م): (وفراخ النخل والشجر)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(2) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والذي يقدر نحو لوحة كاملة.

(3) تقدم تخريجه في أقسام الرهن من كتاب الرهن: **59/9**.

(4) في (ز): (الإطلاق).

(5) من قوله: (اعلم أنَّ غلَّات الرهن) إلى قوله: (حكمها حكم الأصل) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 151 و152**.

(6) قوله: (قال: وكل رهنٍ له... إلى محل الحق) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 181**.

(7) قوله: (فقال ابن القاسم: يكون ... في ضروعها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 180**.

و من قوله: (قال: وكل رهنٍ له) إلى قوله: (كلبن في ضروعها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 106**.

فإن[1] ذلك غير ممتنع.

وإنما قلنا: (إن ما لا يتميز كالسمن واللبن حكمه حكم الأصل)؛ لأنه نفس العين ليس بمعنى زائد عليها.

وإنما قلنا: (إن النسلَ رهنٌ مع الأمهات)؛ لأنَّ كل حكمٍ استقر في رقبةٍ دون منافعها، فإنه يسري إلى ولدها.

أصلُه: ولد أم الولد، وولد المدبرة[2].

وقد بسط الأبهري الاحتجاج على هذه المسألة فقال: وإنما كان نسل الحيوان رهن مع أمهاتها؛ لأنَّ حكم ولد الرهن إذا حدث بعد الرهن؛ كحكم الأمهات من قِبَل أن كلَّ عقد ثبت في الأمهات لا سبيل إلى حَلِّه فهو للولد إذا حدث؛ إلا الإجارة والنكاح، وذلك كولد أم الولد إذا حدث بعد كونها أم ولد؛ فحكمه حكم أمه.

وكذلك ولد المدبرة والمكاتبة، فكان ولد المرهونة كذلك، وكذلك ولد ما فيه الزكاة من الماشية [ز: 755/ ب] حكم أمهاته في وجوب الزكاة فيه، واعتبار حوله بحول الأمهات.

وكذلك حكم الولد -أيضًا- في الحرية والرِّق حكم أمِّه إذا كان حادثًا بعد عقد النكاح؛ كالحر إذا تزوج بأمةٍ؛ فولده[3] عبدٌ لسيد الأمة[4].

والعبد إذا تزوج حرةً؛ فولده حرٌّ؛ فوجب بما ذكرنا أن يكون ولد الحيوان رهنًا مع الأم.

ولا يكون ثمن الشجر رهنًا مع الشجر، كما لا يكون حكم خراج الأم حكم ولدها؛ لأنَّ ذلك ملكٌ للسيد له أن يتصرف فيه، وليس يتصرف في ولدها كما لا يتصرف فيها ببيعٍ ولا هبة.

---

(1) في (ز): (في) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) من قوله: (وإنما قلنا: إن ما) إلى قوله: (أم الولد، وولد المدبرة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 152.

(3) في (ز): (قوله)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) قوله: (كلَّ عقد ثبت في الأمهات لا ... لسيد الأمة) بنحوه في مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [131/ أ و131/ ب].

قال ابن يونس: والقضاء أن مَن ارتهن أمةً حاملًا أن ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهن [معها][1] كالبيع، وكذلك نتاج الحيوان كله[2].

[رهن الغرر]

(ولا بأس برهن الغرر؛ مثل: العبد الآبق والبعير الشَّارد والأجنة في بطون أمهاتها)[3].

أما العبد الآبق والبعير الشارد؛ فيجوز ارتهانهما[4].

والأصل في ذلك عموم قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ الآية [البقرة: 283]، ولأنَّ المطلوب بالرهان التوثقة، فإذا كان يجوز له أن يدفع ماله بغير توثقة؛ جاز له أن يدفعه بتوثقةٍ غير محققة، وهذا إذا لم يكن الرهن في أصل البيع أو القرض.

وأما إذا كان في أصل عقد البيع، فإنه لا يجوز؛ لأن البائع حطَّ جزءًا من الثمن لأجل الرهن، ولا يدري هل يحصل له أم لا؟!

فقد صار الغرر في أركان العقد، فأشبه شراؤه.

وأما ارتهان الأجنَّة، فقد اختَلَف فيها قول مالك، فمَنَعَه في كتاب الصلح من "المدونة"[5].

وقال أحمد بن ميسر: ذلك جائز؛ كالآبق والشارد، ويصحُّ بالقبض.

قال أبو محمد: والمعروف لمالك أنه لا يجوِّز ارتهان الأجنة؛ لقوَّة الغرر فيها دون الشارد والآبق[6].

---

(1) كلمة (معها) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 105.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 260 و(العلمية): 2/ 275.

(4) في (ز): (ارتهانها).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 376، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 206.

(6) قوله: (وقال أحمد بن ميسر... الشارد والآبق) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 228.

[في نفقة الرهن ومنفعته]

(ونفقة الرهن على راهنه ومنفعتُه وخراجه لراهنه دون مرتهنه)[1].

اعلم أن نفقة الرهن على راهنه دون مرتهنه؛ لأنَّه مالٌ له وغلَّته له، ومن كان له الغلة؛ كان عليه النفقة؛ كالبيع[2].

قال الأبهري: ولأنَّ الرهن على ملكه، وليس يخرج بالرهن على ملكه؛ فوجب أن تكون النفقة عليه، كما أن الغلَّة له، وهذا معنى قول رسول الله ﷺ: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[3]؛ أي: نفقته وتلفُه.

«**وَلَهُ غَنَمُهُ**»؛ أي: منفعته[4].

ولم يُرد بقوله ﷺ: «**لَهُ غَنَمُهُ**» أي: ملكه؛ لأنَّ تملكه لم يزل[5]، فحَمْل الخبر على ما لا فائدة فيه لا وجه له إذا أمكن أن يحمل على ما فيه فائدة، فعُلِمَ بهذا الخبر أن تلف الرهن له.

إذا ثبت هذا فالرهن[6] ونفقته على الراهن دون المرتهن.

وإنما قلنا: (إن الراهن أَوْلَى بغلة الرهن)؛ لأنَّ الرهن ملكٌ للراهن فغلته له؛ إذ الخراج بالضمان.

وإن شرط المرتهن أنه [ز: 756/ أ] يأخذ ذلك في حقِّه؛ فهو أَوْلَى بالشرط الذي شرطه له الراهن.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 260 و(العلمية): 2/ 276.

(2) قوله: (اعلم أن نفقة... كالبيع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 152.

(3) تقدم تخريجه في أقسام الرهن من كتاب الرهن: 59/9.

(4) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [9/ ب].

(5) قوله: (ولم يرد بقوله... لأنَّ تملكه لم يزل) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 243.

(6) كلمة (فالرهن) يقابلها في (ز): (من الراهن)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

[الانتفاع بالرهن]

(ومن ارتهن رهنًا على ثمن سلعة، واشترط الانتفاع بالرهن في أجل الثمن؛ فلا بأس به. ومن أقرض رجلًا مالًا وارتهن منه بذلك رهنًا واشترط الانتفاع بالرهن في مدَّة أجل القرض؛ لم يجز ذلك)[1].

اعلم أن من ارتهن رهنًا على ثمن سلعة، واشترط الانتفاع بالرهن في أجل الثمن فقال مالك: لا بأس به في الدور والأرضين، وأكرهه في الحيوان والثياب؛ إذ لا يدري كيف يرجع إليه، وأجاز ذلك كله ابن القاسم إذا سمَّى أجلًا كالإجارة، وهذه إجارة وبيع[2].

قال الأبهري: وكأنَّ المرتهن ابتاع سلعة بثمنٍ معلوم ومنفعة الرهن مدةً معلومة، وذلك جائز؛ لأنه[3] بيعٌ وإجارة معلومة.

فأمَّا كراهته ذلك في الحيوان والثياب، فلا أعرف لكراهية ذلك وجهًا، وقد عَرَفْتَ وجهه بعد ذلك، وهو أنه في الحيوان متى شرط الانتفاع به تَغَيَّر الحيوان؛ لأنَّ التغير يسرع[4] إليه، فأدَّى ذلك إلى الغرر، والجهل في الثمن.

واستحبَّ أن يفرد الثمن بما لا يدخله غرر في الأغلب، وليس كذلك إفراد عقد الإجارة على الحيوان؛ لأنه لا بدَّ منه، فلم يجز المنع من ذلك، فهذا وجه كراهية شَرْط الانتفاع بالحيوان مع عقد البيع.

ووجه الإجازة أوْلَى وهو القياس؛ لأنه كما يجوز أن يكري الثياب والحيوان إلى مدة معلومة، فكذلك يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة ذلك مدة معلومة.

وقال بعض العلماء: إنما أجازه في الدور والأرضين؛ لأن صفتهما لا تختلف وقت رجوعهما، بخلاف الثياب والحيوان، فإنه لا يدري كيف يكون عند انقضاء الإجارة، فصار الرهن غررًا وهو في أصل البيع، فلم يجز عنده، وعلى هذا لا يجوز رَهْن الثمر الذي لم يبد

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 260 و(العلمية): 2/ 276.

(2) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 317.

(3) في (ز): (لأن).

(4) كلمتا (التغير يسرع) يقابلهما في (ز): (التغير لا يسرع) ولعل الصواب ما أثبتناه.

صلاحه، ولا الآبق في أصل عقد البيع.

واخْتَلَف المتأخرون من أصحابنا إذا ضاع هذا الرهن المشترَط منفعته، وهو مما يغاب عليه هل يضمنه أم لا؟

فقيل: يضمنه؛ لأنه رهن على حاله.

ودليلنا: اختصاصه به دون غرمائه، وحُكْم الرهن باقٍ عليه.

وقيل: لا يضمنه كسائر الأشياء المستأجرة.

وقيل: ينظر إلى القدر الذي يذهب منه الإجارة[1]، [م: 258/ أ] فإن كانت الإجارة تُذهِب مثلًا الربع؛ كان الربع غير مضمون؛ لأنه مستأجر وثلاثة أرباعه مضمونة؛ لأنها رهن[2].

فأمَّا إن أقرضه قَرْضًا على رهن وَشَرَط منفعة الرهن مدة أجل القرض؛ لم يجز ذلك؛ لأنه سلف جر منفعة.

قال الأبهري: وكأنه أقرض الراهن؛ لينتفع بالرهن مدة السلف، وذلك قرضٌ جرَّ منفعةً، وهو حرام.

[ارتهان العبد الذي له مال]

(ومن ارتهن عبدًا له مالٌ؛ [ز: 756/ ب] **لم يكن ماله[3] رهنًا معه.**

ولو أفلس ربُّ العبد؛ كان المرتهن أَوْلَى برقبة العبد من غرماء سيده، فإن فَضَلَ من حقِّه شيء[4]؛ كان أسوة الغرماء في مال العبد)[5].

اعلم أن من ارتهن عبدًا له مال لم يكن ماله رهنًا معه؛ إلَّا أن يشترطه[6] المرتهن

(1) ههنا انتهي السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والمقدر بنحو لوحة كاملة.

(2) من قوله: (وقال بعض العلماء) إلى قوله: (مضمونة؛ لأنها رهن) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 139 و140 والنكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 191.

(3) كلمة (ماله) يقابلها في (ز): (مال العبد).

(4) عبارة (من حقه شيء) يقابلها في (ز): (فضل).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 261 و(العلمية): 2/ 276 و277.

(6) في (ز): (يشترط).

كالبيع.

قال الأبهري: لأنَّ مال العبد بمنزلة ثمر[1] النخلة، فلما لم تكن الثمرة رهنًا مع النخل إذا لم يشترط المرتهن ذلك[2] فكذلك مال العبد؛ لأنَّ ذلك كله يجري مجرى الخراج.

والخراج للمالك دون المرتهن، وهو[3] مخالفٌ لنسل الحيوان؛ لأنَّ نسلها ليس بخراج، فحكمه حكم الأمهات، فإذا اشترطه[4] كان ماله معلومًا أو مجهولًا.

وأجاز في "المجموعة" ارتهان مال[5] العبد دونه، ويكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن إن قبضه، ولا ينفرد في[6] البيع؛ لأنَّه غرر في المعاوضات ولا غرر في الرهن[7]، وكما يجوز رهن الثمرة التي لم يبدُ صلاحها ولا يجوز بيعها.

قال ابن يونس[8]: ولا يكون ما وهب للعبد رهنًا.

قال أشهب في "المجموعة": وإن اشترط أن يكون ماله رهنًا معه، وأما ما ربح في ماله المشترط؛ فهو رهنٌ كالأصل، كما أنَّ مَنْ أوصى بوصايا فلا يدخل فيها ما لم يعلم به[9] من ماله، ويدخل فيما علم، وفي أرباح ما علم؛ يريد: ربح فيه قبل موته، أو بعده[10].

قال بعض الفقهاء: والأشبَه أن يكون ما وهب له يدخل في الرهن؛ كماله إذا بِيعَ بخيار

---

(1) في (م): (ثمرة).

(2) ما يقابل كلمة (ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (دون المرتهن، وهو) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (لأنَّ نسلها ليس بخراج، فحكمه حكم الأمهات، فإذا اشترطه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (ارتهان مال) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (ز): (فيه).

(7) قوله: (وأجاز في "المجموعة" ارتهان مال ... في الرهن) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 181**.

(8) كلمتا (قال ابن يونس) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(9) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) قوله: (قال أشهب في "المجموعة": وإن ... أو بعده) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 181**.

واشترط المشتري ماله، فأفاد مالًا[1] في أيام الخيار بهبة أو صدقة أو وصيَّة، ينبغي أن يكون ما أفاد للمشتري[2].

[رهن الأمة]

(ومن رهن أمةً لعبده؛ لم يكن للعبد وطؤها حتى يفتكَّها سيِّده.
وكذلك لو رهن العبد وأمته؛ لم يطأها العبد[3] حتى تخرج[4] من الرهن)[5].

اختُلِف فيمن رهن أمةً لعبده، أو رهن العبد وأمته، هل للعبد أن يطأ الأمة؟ أم يمتنع من وطئها حتى تخرج من الرهن؟

فقال مالك: ليس للعبد وطؤها حتى يخرجا من الرهن[6]، فإن افتكَّها؛ حلَّت له[7].

ورأى أن الرهن تعريضٌ للانتزاع وليس بانتزاع حقيقة، وهذا يدلُّ على[8] أنَّ المنع لحقِّ المرتهن[9].

وعلى هذا لو وطئها في الرهن؛ لم يُحَد للشُّبهة أو لبقاء أصل الملك، وإنما المانع من الوطء تعلُّق حق الغرماء، وهذا يبطل التعليل[10] بالانتزاع، ويصحح[11] التعليل بالتعريض للانتزاع.

---

(1) ما يقابل كلمتا (فأفاد مالًا) غير قطعي القراءة في (م).
(2) من قوله: (وأجاز في المجموعة) إلى قوله: (أن يكون ما أفاد للمشتري) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 107.
(3) كلمتا (يطأها العبد) يقابلهما في (ز): (يكن للعبد وطؤها).
(4) في (ز): (يخرجا).
(5) التفريع (الغرب): 2/ 261 و(العلمية): 2/ 277.
(6) عبارة (وطؤها حتى يخرجا من الرهن) يقابلها في (م): (أن يطأها).
(7) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 338 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 69.
(8) حرف الجر (على) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).
(9) قوله: (ورأى أن الرهن ... لحق المرتهن) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5749.
(10) ما يقابل كلمتا (يبطل التعليل) غير قطعي القراءة في (م).
(11) في (ز): (ويصح).

وقال ابن المواز: إن ذلك[1] انتزاع.

يريد[2]: فلا يرجع إليه إلا بردٍّ جديد، ولا خلاف أنه لا يصيبها ما كانت[3] في الرهن؛ لأنه انتزاع أو تعريض، قاله اللخمي[4].

فرع:

فإن وطئ العبدُ الأمةَ هل يفسد الوطءُ[5] الرهنَ أم لا؟

فقال مالك: من وَطِئ الأمة من سيد أو عبد[6]؛ فَسَدَ الرهنُ، ووطء السيد أشد فسادًا[7]؛ يريد: -والله أعلم- إذا كان ذلك بإذن السيد[8].

فرع:

فلو [ز: 757/ أ] رهن العبدُ دون الأمة، هل يكون كما لو رهن الأمة دون العبد؟

اختُلِفَ فيه فقال ابن المواز: له أن يطأ؛ لأنَّ ماله لم يقع فيه[9] انتزاع[10]، والرهن[11] أثبت حقًّا في رقبته خاصة.

وقال [م: 258/ ب] محمد بن مسلمة: إن ذلك انتزاع ويمنع منها وإن افتكَّه؛ إلا بأمر جديد[12].

فإن رهن السيد عبده وللعبد زوجة؛ لم يُمْنَع من وطئها بخلاف الأمة.

---

(1) ما يقابل كلمتا (إن ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (يريد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) في (ز): (دامت).

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5749**.

(5) كلمة (الوطء) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) عبارة (سيد أو عبد) يقابلهما في (م): (عبد أو سيد) بتقديم وتأخير.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 339**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 64**.

(8) في (م): (المرتهن).

(9) ما يقابل كلمة (فيه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 180**.

(11) في (ز) و(م): (والرهينة) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(12) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5749**.

[فيمن ارتهن أمته]

(ومن رهن أمته؛ لم يجز له وطؤها، فإن وطئها بإذن المرتهن؛ بطل رهنها، وإن وطئها بغير إذنه فلم تحمل؛ فهي رهنٌ بحالها، فإن حملت وله مال؛ كانت له أم ولد ودفع إلى المرتهن حقه[1] الذي ارتهنها به، وإن لم يكن له مالٌ؛ بيعت[2] الأمة، وقضى المرتهن حقه من ثمنها، فإن فضل له من حقه شيء[3]؛ اتبعه به دينًا في ذمته، فإن كان ثمن الأمة أكثر من الحق؛ بيع منها بقدر الحق، وكان ما بقي بحساب أم الولد.

ولا يباع الولد بحال[4]؛ كان الراهن موسرًا أو معسرًا)[5].

اعلم أن من رَهَنَ أمةً[6] في دَين عليه؛ لم يجز له وطؤها؛ لأنَّ ذلك تصرفًا في الرهن[7]، وتعريضًا لإبطال حق المرتهن منها؛ لأنها قد تحمل فتصير أم ولد[8]، ويبطل الرهن.

قال الأبهري: إذ المرتهن لا يقدر على بيعها في نفسه[9]، ولو جاز بيعها حاملًا؛ لكان ذلك ينقص قيمتها.

ولمَّا لم يجز للراهن أن يتصرف[10] في الرهن بالبيع والإجارة، فكذلك ليس له أن

---

(1) في (ز): (حقها).

(2) ما يقابل كلمتا (مالٌ بيعت) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمة (شيء) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمة (بحال) يقابلها في (م): (على حال).

(5) عبارة (موسرًا أو معسرًا) يقابلها في (م): (معسرًا أو موسرًا) بتقديم وتأخير.
التفريع (الغرب): 2/ 261 و(العلمية): 2/ 277.

(6) ما يقابل كلمة (أمة) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمة (الرهن) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (قد تحمل فتصير أم ولد) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (حقه).

(10) ما يقابل كلمتا (أن يتصرف) غير قطعي القراءة في (م).

يتصرف فيها بالوطء ولا بالتزويج؛ لأنها في حوز المرتهن[1].

فإن وطئها؛ فلا يخلو ذلك من وجهين:

إما أن يكون ذلك بإذن المرتهن أو بغير إذنه، ثم لا يخلو إما أن تحمَل أو لا.

فإن وطِئها بإذن المرتهن؛ بطل رهنها؛ لأن إذنه له في التصرف في الرهن رضًا منه إلى إعادته[2] إلى يد الراهن[3].

قال الأبهري: ولأنها قد تعلَق منه، فلا يجوز بيعها بعد ذلك، فدلَّ رضاه بالوطء على ترك الرهن، وقد ثبت أن استدامة يد المرتهن في القبض شرطٌ في صحتها رهنًا، وسواء حملت أو لم تحمل؛ إلَّا أنها إذا لم تحمل فلهما إعادتها في الرهن؛ بخلاف ما إذا حملت.

فإن وطئها بغير إذن المرتهن، مثل أن يتسوَّر عليها، أو يغصبها على نفسها، فلا يخلو إما أن تحمل أو لا تحمل[4]، فإن لم تحمل؛ فهي رهن بحالها[5].

قال الأبهري: لأنَّ المرتهن لم يرض بردِّ الرهن إلى الراهن، ودرئ عنه الحد؛ لأنَّه وطئ ملكه، وإن كان فيه حقٌّ لغيره وهو المرتهن فالحدُّ يُدرأ عنه والولد يُلحق به؛ لأنَّه حدث عن وطءٍ بملك يمينه، ولأنَّ كل وطء يدرأ فيه الحد؛ فالولد يلحق بالواطئ إذا حدث[6].

وإن حملت، فلا يخلو: إما [ز: 757/ ب] أن يكون مليًا أو معسرًا، فإن كان مليًا؛ كانت له أم ولد، وقضى المرتهن دينه معجلًا؛ لأنَّ إقدامه على الوطء مع الحمل رضًا منه بتعجيل الدَّين، فأشبه عتق العبد؛ لأنَّ بقاء الأمة رهنًا[7] لا يجوز؛ لأنها صارت مما لا يباع على حال؛

---

(1) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [1/ ب].

(2) كلمتا (إلى إعادته) يقابلها في (ز): (بإعادته).

(3) من قوله: (فإن وطئها فلا يخلو) إلى قوله: (إلى يد الراهن) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 327، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 63.

(4) كلمة (تحمل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل عبارة (فهي رهن بحالها) غير قطعي القراءة في (م).

(6) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [1/ ب].

(7) ما يقابل عبارة (بقاء الأمة رهنًا) غير قطعي القراءة في (م).

إذ هي أم ولد، وتكليف المرتهن[1] رهنًا آخر موضعها أو قيمتها لا يلزمه؛ لأنَّه لم يدخل[2] إلَّا على رهنٍ معيَّن، فلا يلزمه غيره، فلم يبقَ إلَّا التعجيل.

وإن كان معسرًا؛ فلا يخلو إمَّا أن يكون فيها فضلٌ أو لم يكن، فإن لم يكن فيها[3] فضلٌ؛ بيعت الأم بعد الوضع، واتبع الرهن بما بقي من الدَّين إن بقي للمرتهن من دينه شيء؛ لأن الدين في الذمة، وإنما الرهن توثقة، فإذا قبض بعض[4] حقَّه؛ كان له اتباعه بباقيه، وإن كان فيها فضلٌ؛ بيع منها بقدر الدَّين، وكان ما بقي بحساب أم ولد[5]، وظاهر هذا أنها لا تعتق.

وقال اللخمي[6]: إنها تعتق[7]، وهو الجاري على أصل المذهب؛ لأنَّ أم الولد لم يبقَ فيها سوى الاستمتاع [م: **259**/ أ]، فإذا حرم منها؛ وجب عتقها[8].

أصله: إذا أولد أمةً، ثم ظهر أنها ذات محرم منه، وولده حر لاحقُ النسب[9]؛ لأنه لم يطأ إلَّا أمته وملكه.

[وطء المرتهن للأمة المرهونة]

(ومن رهن[10] أمةً فوطئها المرتهن؛ فهو زانٍ، وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وولدها رهنٌ معها يباع ببيعها، وإن وطئها بإذن الراهن، وأحلَّها له، فلم تحمل؛ لزم المرتهن قيمتها وقاصَّه الراهن بها من حقِّه الذي له.

(1) في (ز): (الراهن).

(2) ما يقابل كلمة (يدخل) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (فيها) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمة (بعض) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (ز): (الولد).

(6) ما يقابل كلمة (اللخمي) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5741**.

(8) ما يقابل كلمتا (وجب عتقها) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (لنسبه).

(10) في (ز) و(م): (ارتهن) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

وإن حملت؛ كانت له أم ولد ولزمته[1] قيمتها دون قيمة ولدها، ويقاص بقيمتها من حقِّه الذي له)[2].

اعلم أن من ارتهن جاريةً فوطئها، فلا يخلو وطؤه لها من وجهين:

إما[3] أن يكون ذلك بإذن الراهن أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذن الراهن؛ كان زانيًا وعليه الحد، ولم يُلحق به الولد، وعليه للراهن ما نقصها الوطء بكرًا كانت أو ثيبًا إذا أكرهها أو طاوعته وهي بكر، وإن[4] كانت ثيبًا؛ فلا شيء عليه[5].

والصواب أن عليه ما[6] نقصها بكلِّ حال، وإن طاوعته بكرًا كانت أو ثيبًا؛ لأنها في الإكراه لا تُعَدُّ زانيةً[7]، وفي الطوع زانية، وقد أدخل على سيدها[8] فيها عيبًا؛ فوجب عليه غرم قيمته[9].

قال عبد الوهاب: وإنما قلنا: (إن المرتهن زانٍ)؛ لأن الوطء لا يُستباح إلَّا بملكٍ أو نكاحٍ، وكل ذلك معدومٌ، وليس[10] بوطء شبهةٍ؛ فلذلك لزمه ما لزم الزاني[11].

قال الأبهري: ولأنَّ المرتهن ليس يملك الأمة بالرهن ولا هي امرأته، والوطء لا يجوز إلَّا بهذين الوجهين، فمتى وطئها؛ فهو زانٍ وعليه الحدُّ؛ إلَّا أن يطأها وهو جاهلٌ بتحريم

---

(1) في (ز): (ولزمه).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 261 و(العلمية): 2/ 278.

(3) في (ز): (أحدهما).

(4) ما يقابل كلمة (وإن) غير قطعي القراءة في (م).

(5) في (م): (له).

و قوله: (اعلم أن من ارتهن ... شيء عليه) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 820.

(6) ما يقابل عبارة (والصواب: أن عليه ما) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (الإكراه لا تُعدُّ زانيةً) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (سيدها) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (قيمتها).

و من قوله: (اعلم أن من ارتهن) إلى قوله: (فوجب عليه غرم قيمته) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 163.

(10) ما يقابل كلمتا (معدومٌ، وليس) غير قطعي القراءة في (م).

(11) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 156.

ذلك[1]؛ فلا حدَّ عليه؛ لأنَّ [ز: 758/ أ] الحدَّ يُدرأ عنه بالشبهة، وذلك يكون بشبهة الملك أو بشبهة الجهل بتحريم الموطوءة على الواطئ[2].

وإنما قلنا: (إن الولد رهنٌ)؛ اعتبارًا بزناها بغيره، فإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها له، فذلك شبهة إن[3] كان يظنُّ أن مثل هذا يُبيح الوطء وتلزمه قيمتها للراهن؛ لتكمل له الشُّبهة في درء الحد عنه، وتكون أم ولد له إذا حملت ولا تلزمه قيمة ولدها؛ لأنَّ السيد لمَّا أباح له[4] وطئها [صار منتفعًا بها بإذنه][5] ودخل على أن ولدها حر[6].

وإنما قلنا: (إنه يقاصُّ به من دينه)؛ لأنَّ رب الرهن[7] قد استحقَّ في ذمة المرتهن حقًّا، فلم يكن لأحدهما مطالبة[8] الآخر بما يستحقه إلَّا ويتوجَّه للآخر عليه[9] مثل ذلك؛ فوجب القصاص ويَترادَّا الفضل بينهما، فإن كان فيه فضلٌ عن الحق؛ غَرِمه المرتهن[10]، وإن كان أقل منه؛ لزم الراهن بقية الحق[11].

[في إيجار الدار ورهنها]

(ومن آجر دارَه من رجلٍ[12] ثم رهنها منه؛ فلا بأس بذلك)[13].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ رقبةَ الدار على ملكه يتصرف فيها كيف شاء ما لم يناقض تصرفه

---

(1) كلمتا (بتحريم ذلك) يقابلهما في (ز): (بتحريمها).

(2) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [2/ أ و2/ ب].

(3) ما يقابل كلمة (شبهة إن) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (أباح له) يقابلهما في (م): (أباحه).

(5) عبارة (صار منتفعا بها بإذنه) ساقطة من (ز) و(ز) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(6) قوله: (وإنما قلنا: إن الولد... دخل على أن ولدها حر) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 156.

(7) في (ز): (الراهن).

(8) في (م): (مطالبته).

(9) كلمتا (للآخر عليه) يقابلهما في (ز): (عليه للآخر) بتقديم وتأخير.

(10) كلمة (المرتهن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(11) قوله: (وإنما قلنا: إنه يقاصُّ ... الحق) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 149.

(12) ما يقابل عبارة (ومن آجر دارَه من رجلٍ) غير قطعي القراءة في (م).

(13) التفريع (الغرب): 2/ 262 و(العلمية): 2/ 278.

منافع الإجارة.

إذا ثبت ذلك[1]، فاعلم أنَّ من أجَّر داره من رجل، ثم رهنها منه؛ فلا بأس بذلك.

قال ابن القاسم: وذلك حوزٌ للمرتهن مثل الذي يخدم العبد، ثم يتصدَّق به على آخر[2] بعد ذلك، فيكون حوز المخدم حوز للمتصدق عليه.

قال ابن القاسم في "المجموعة" وقال في كتاب ابن المواز: لا يكون محازًا للرهن؛ لأنه محازٌ قبل ذلك بوجهٍ آخر.

قيل له: فما الفرق بين هذا وبين من رَهَنَ فضلة الرهن، وقد تقدَّم فيه حوز الأول[3].

قال: [م: **259**/ ب] هذا محوز[4] عن صاحبه بحوز الرهينة، وفي الإجارة هو[5] باسم صاحبه، فهما وجهان مفترقان[6].

قال شيخنا: وهذا فرقٌ شديد؛ لأنَّ المستأجر إنما له حقٌّ في المنافع خاصة، فحوزه للرقبة لم يكن مقصودًا لذاته، وإنما هو مقصود لغيره، وهو حوز المنافع؛ ولهذا[7] لو قام[8] الغرماء على رب الدار إنما يكون أحق بالمنافع خاصة؛ بخلاف مسألة فضلة الرهن؛ فإن الأول حائزٌ لنفس الرقبة لذاتها؛ لتعلُّق حقه بها، والحوز الثاني لا يزيد[9] على الحوز الأول.

واختُلِفَ فيمن أجَّر داره، ثم أراد أن يرهنها من غيره، هل تصح[10] الحيازة فيها أم لا؟

---

(1) في (م): (هذا).

(2) كلمتا (على آخر) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(3) ما يقابل كلمتا (حوز الأول) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (يحوز).

(5) في (ز): (هم).

(6) من قوله: (قال ابن القاسم: وذلك) إلى قوله: (فهما وجهان مفترقان) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10**/ **164** و**165**.

(7) كلمتا (المنافع ولهذا) يقابلهما في (ز): (المنافع لهذا ولهذا).

(8) في (ز): (قامت).

(9) ما يقابل كلمتا (لا يزيد) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في (ز): (تصلح).

فقال مالك في كتاب ابن المواز: ليس ذلك بحوز[1]؛ لأنه محاز قبل ذلك بوجه آخر؛ بخلاف فضلة الرهن.

وقال ابن نافع في "المبسوط": ذلك حوز كالمخدم مع[2] الموهوب.

قال اللخمي: أمَّا إذا لم يرض المستأجر أن يحوز الرقاب للمرتهن[3]، ولم تكن يدُ المرتهن معه؛ فليس بحوز.

وإن رضي أن يحوز له؛ فهو حوز[4].

[رهن المشاع] [ز: 758/ ب]

(ولا بأس برهن المشاع)[5].

اختُلِفَ في رهن المشاع هل يصح[6] أم لا؟

فقال مالك: رهن المشاع جائزٌ، وحوزه أن يحوزه[7] عن صاحبه، وسواء كان ذلك ربعًا أو[8] حيوانًا أو عروضًا.

وقال أبو حنيفة: لا يصح[9] رهن المشاع.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ الآية [البقرة: 283]، وهذا عامٌّ، وقبضه ممكن؛ لأن قبض كل شيءٍ على حسبه، ولأنا قد اتفقنا أن بيعَ المشاع جائزٌ وإنما يصح

---

(1) في (ز): (يجوز).

(2) ما يقابل كلمة (مع) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (الرقاب للمرتهن) غير قطعي القراءة في (م).

(4) من قوله: (واختلف فيمن أجَّر) إلى قوله: (يحوز له؛ فهو حوز) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5724 5725.

(5) ما يقابل كلمتا (رهن المشاع) غير قطعي القراءة في (م).
التفريع (الغرب): 2/ 262 و(العلمية): 2/ 278.

(6) في (ز): (يصلح).

(7) كلمة (أن يحوزه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) ما يقابل كلمتا (ربعًا أو) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (يجوز).

بيع ما يجوز قبضُه.

ولو لم يصح قبض المشاع؛ لم يجز بيعُه؛ لأنا قد اتفقنا على أن بيع ما لا يقبض غير جائز، فإذا صحَّ بيعه؛ صحَّ رهنُه؛ لأن الإشاعة لا تمنع صحة الرهن كما لا تمنع صحة البيع، كما لو رهن دارًا من رجلين في عقدٍ واحد، وسلَّمها لهما[1].

[فيمن رهن سهمًا من الدار]

(ومن كان[2] له دارٌ فرهن سهمًا منها؛ لم يصح رهنه للسهم حتى يسلم الدار كلها إلى المرتهن.

ومن كان له سهم من دار فرهنه؛ فلا بأس به إذا رفع يده عنه، ودخلت يد المرتهن[3] فيه)[4].

اعلم أن من رهن حصةً له من دار، فلا يخلو باقيها من وجهين:

إمَّا أن يكون له، وإما أن يكون لغيره، فإن كان باقيها له؛ لم يصحَّ رهنه للحصة التي رهنها حتى يُسلم الدار كلها للمرتهن؛ لأنَّه متى لم يسلمها؛ لم يصحَّ حوز المرتهن لها؛ لأن يد الراهن باقيةٌ[5] عليها.

وكذلك لو كان الراهن يملك بعضها، فرهن بعض حصته منها؛ لم يجز؛ لأن يد الراهن باقيةٌ عليها.

وقيل: تكون يد المرتهن مع الراهن جائلةً فيُكرياها جميعًا، ويصح الحوز[6].

---

(1) من قوله: (اختلف في رهن المشاع) إلى قوله: (واحد، وسلَّمها لهما) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 147 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 92.

(2) في (م): (كانت).

(3) في (ز): (الراهن).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 262 و(العلمية): 2/ 278.

(5) في (م): (باق).

(6) من قوله: (اعلم أن من رهن) إلى قوله: (جميعًا، ويصح الحوز) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 91 و92.

فوجه القول الأول هو أنَّ مِن شرط صحة[1] الرهن حَوز المرتهن له، فمتى بَقِيَت يد الراهن جائلةً معه؛ لم يتم حوزه؛ لأنَّ الحصة مشاعة، وقصارى ما يقدر أنهما شريكان، وتصرُّف كل[2] واحد من الشريكين يشمل جميع أجزاء الدار، فلزم من ذلك تصرفه فيما رهنه، وليس حصة الرهن منفردة معينة حتى يتميز تصرف المرتهن فيها دون الراهن.

ووجه القول الثاني هو أن التمييز بالحوز قد حصل، والإشاعة لا تضر، فإن الراهن كان يتصرف في جميع الدار، فصار يتصرف في بعضها[3]، والمرتهن لم يكن يتصرف في شيءٍ من الدار، فصار الآن يتصرف فيها، وأي حوز أعظم من حدوث تصرف لم يكن قط!

وإن كان باقيها لغيره؛ فلا بأس برهن[4] حصته منها إذا رفع يده عنها، ودخلت يد المرتهن فيه؛ لأنَّ الحوز فيها قد صحَّ؛ إذ المطلوب [م: 260/ أ] إنما هو حوز المرتهن لرهنه وانفراده بالتصرف فيه، وهذا موجودٌ إذا سلَّم له الحصة وخلَّى بينه وبينها يتصرف مع شريكه فيها.

[في مساقاة الحائط ثم رهنه،
وفي رهن شيء في حقين مختلفين]

(ومَن ساقى حائِطه من رجلٍ ثم رهنه من غيره؛ فلا بأس [ز: 759/ أ] به، وينبغي للمرتهن أن يستخلف مع العامل في الحائط غيره.
ومن رهن رهنًا على أقل من قيمته، ثم أراد أن يرهن فضلته من آخر بإذن الأول[5]؛ فليس ذلك له إلَّا بإذن مرتهنه، فإذا أذن له المرتهن في رهنه[6]؛ ففيها روايتان:

---

(1) ما يقابل كلمتا (شرط صحة) غير قطعي القراءة في (م).
(2) ما يقابل كلمة (كل) مطموس في (م).
(3) ما يقابل كلمة (بعضها) غير قطعي القراءة في (م).
(4) ما يقابل عبارة (فلا بأس برهن) غير قطعي القراءة في (م).
(5) ما يقابل كلمتا (بإذن الأول) غير قطعي القراءة في (م).
(6) عبارة (المرتهن في رهنه) يقابلها في (ز): (مرتهنه).

إحداهما صحته[1].

والأخرى بطلانه)[2].

اختُلف فيمن ساقى حائطه من رجل، ثم رهنه من غيره، هل يصح فيه حيازة أم لا؟ فقال مالك في كتاب ابن المواز: ومن ساقى نخله رجلًا، ثم رهنه من غيره؛ فليس بحوز.

وقال أيضًا: إن جعل المرتهن مع العامل رجلًا كان حوزًا[3].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ ليكون المرتهن قد قبض الرهن، وليخرج عن حوز الراهن وقبضه[4]، فيكون حوز المرتهن وقبضه.

ابن وقال نافع: ذلك جائز والرهن مقبوض [في المساقاة والكراء][5].

وأما قوله: (ومن رهن رهنًا على أقل من قيمته، ثم أراد أن يرهن فضلةً من آخر؛ فليس له ذلك إلا برضا مرتهنه) فاعلم أن من رهن من رجل رهنًا على أقل من قيمته، ثم أراد أن يرهن فضلة، فلا يخلو ذلك من وجهين:

إمَّا أن يرهن الفضلة من المرتهن الأول أو من[6] غيره، فإن كان[7] من الأول؛ جاز وكان بالدينَيْن رَهْنًا[8] إذا كان الرهن على يديه[9]، أو على[10] يدي عدلٍ، ورضِيَ العدلُ أن يحوز الفضلة للمرتهن.

---

(1) في (ز): (جوازه).

(2) في (م): (إبطاله).

والتفريع (الغرب): 2/ 262 و(العلمية): 2/ 280.

(3) قوله: (اختلف فيمن... رجلًا كان حوزًا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 125.

(4) كلمتا (الراهن وقبضه) يقابلهما في (ز): (الراهن ويحوزه وقبضه).

(5) عبارة (في المساقاة والكراء) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من تبصرة اللخمي.

قول ابن نافع بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5725.

(6) كلمتا (أو من) يقابلهما في (ز): (ومن).

(7) في (م): (كانت).

(8) في (ز): (جميعًا).

(9) قوله: (إمَّا أن يرهن الفضلة ... على يديه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 177.

(10) كلمتا (أو على) يقابلهما في (ز): (وعلى).

واختُلِفَ إذا لم يرض وقد علم برهن الفضلة أو لم يعلم فقال أبو حنيفة: لا يكون رهنًا إلَّا بالدَّين الأول.

ودليلنا أنه وثيقةٌ بحق، فإذا كان فيه فضل؛ جاز أن يشتغل بحق آخر مع الأول كالضمين.

واختُلِفَ إذا رهن الفضلةَ من غير الأول فقال مالك مرةً: إن رضي الأول جاز، وإن لم يرض لم يجز[1].

قال ابن حبيب: لأنه إذا رضي كان حائزًا للثاني فضلة الرهن، وإذا لم يرض لم يكن حائزًا للثاني فضلة الرهن، وكان في الفضل أسوة الغرماء[2].

وقال في كتاب ابن المواز: لا يجوز؛ لأنَّ الأول إنما حاز لنفسه[3].

قال الأبهري: فذكر مالك العلة أنَّ الأول إنما حاز لنفسه لا للثاني، فمتى لم يحز الثاني لنفسه ما ارتهنَه؛ كان ذلك باطلًا متى مات الراهن أو فلس قبل أن يحوز المرتهن الثاني لنفسه؛ لأنَّ الرهن إنما يصح بالقبض.

واختُلِفَ إذا كان الرهن على يدي عدلٍ، فرهن الفضل عند[4] غير الأول فقال مالك في كتاب ابن المواز: يجوز إذا رضي الأول.

وقال أصبغ: ذلك جائز[5]، وإن لم يرض إذا رضي العدل.

واختُلِفَ في ضمان فضلة الرهن[6] إذا ضاع بعد ارتهان الثاني فضلته، وهو مما يغاب عليه، وكان على يد المرتهن أو على يد عدلٍ فقال ابن القاسم: إذا كان على يد الأول؛ سقط

---

(1) من قوله: (فاعلم أن من رهن) إلى قوله: (لم يرض لم يجز) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 154**.

(2) قول ابن حبيب لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: **10/ 179**.

(3) من قوله: (فاعلم أن من رهن) إلى قوله: (الأول إنما حاز لنفسه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 131** و**132**.

(4) كلمة (عند) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) ما يقابل كلمتا (ذلك جائز) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (في ضمان فضلة الرهن) غير قطعي القراءة في (م).

عنه ضمان الفضل، ويرجع الثاني بدَيْنه على صاحبه؛ لأنَّ فضلة الرهن[1] [ز: 759/ ب] على يد عدل، وهو الأول، أو عدل جعلاه تحت يده.

وقال أشهب: ضمان الرهن كله من الأول؛ لأنَّه رهن له، وإنما لهذا فضله إن كان قائمًا[2].

[فيمن ارتهن فضل رهن بإذن مرتهنه]

(ومن ارتهن فضل[3] رهنٍ بإذن مرتهنه، ثم حلَّ الحقَّان جميعًا على راهنه[4]؛ بِيع الرهن وبدئ بالأول فقضى حقه، ثم كان الباقي لمن ارتهن فضله)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن الأول قد وجب له حقٌّ في الرهن[6] فهو [م: 260/ أ] أولى به حتى يستوفِي حقه، ثم يكون ما فضل للثاني؛ لأنَّه على ذلك دخل؛ ألا ترى أن الراهن ليس له أن يرهن فضلة الرهن بغير إذن المرتهن الأول، وصار المرتهن الثاني أوْلَى بالفضل إن كان وإن لم يكن؛ فلا شيء له.

قال ابن القاسم: فإن هلك الثوبُ بيد المرتهن الأول؛ ضمن منه مبلغ دينه، وكان في الباقي أمينًا، ويرجع المرتهن الثاني بدَينه على صاحبه؛ لأن فضلَة الرهن هي على يدي عدل، وهو المرتهن الأول[7].

قال ابن يونس: وإنما يصح ألَّا يضمن الأول منه إلَّا مبلغ[8] دينه إذا كان قد أحضر الثوب وقت ارتهان الثاني فضلته، أو علم بالبينة أنه قائم عنده، وإلَّا كان ضمان الجميع منه؛

---

(1) في (ز): (رهنه).

(2) من قوله: (واختلف إذا كان) إلى قوله: (فضله إن كان قائمًا) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5717 5718.

(3) في (ز): (فضلة).

(4) كلمتا (على راهنه) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 262 و263 و(العلمية): 2/ 280.

(6) ما يقابل كلمتا (في الرهن) غير قطعي القراءة في (م).

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 313 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 54.

(8) كلمة (مبلغ) يقابلها في (ز): (ما يبلغ).

إذ قد يكون تلف الثوب قبل ذلك ووجب عليه ضمانُه، وقاله بعض أصحابنا[1].

[فيمن رهن رهنًا نصفين لرجلين، فحلَّ الحقَّان جميعًا]

(ومن رهن[2] رهنًا من رجلٍ، ثم رهن نصفه من آخر بإذن الأول، فحلَّ الحقَّان جميعًا[3]؛ بيع الرهن، وكان لكل واحدٍ منهما نصف ثمنه)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأن المرتهن الأول لمَّا[5] رَضِيَ أن يرهن الراهن نصف الرهن عند غيره، فقد رضي بإسقاط حقه من نصفه، وتعلَّق به حق المرتهن الثاني، فصار شريكًا للمرتهن الأول في الرهن، فإذا بِيعَ فض[6] ثمنه على دينهما نصفين بالسويَّة -اختلف الدَّينَان أو اتفقا- ولا يُشبه هذا رهن الفضلة، فإن المرتهن الأول لم يدخل إلَّا على استيفاء جميع حقه.

[من شرط الرهن الحيازة والقبض]

(ومن شرطِ الرهنِ اتصال حيازته وقبضه)[7].

اعلم أن الحوز شرط في صحة الرهن.

وصفة ذلك أن يرفع الراهن يده عنه ويحوزه المرتهن، أو يجعل على يدي عدل[8].

والأصلُ في ذلك قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ الآية [البقرة: 283]، فجعل تعالى من

---

(1) قوله: (قال ابن القاسم: فإن هلك الثوبُ ... بعض أصحابنا) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 131.

(2) كلمتا (ومن رهن) يقابلهما في (م): (ولو ارتهن).

(3) ما يقابل كلمة (جميعًا) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 263 و(العلمية): 2/ 280.

(5) كلمة (لما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل عبارة (فإذا بيع فض) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 263 و(العلمية): 2/ 280.

(8) قوله: (الحوز شرط في صحة الرهن ... يدي عدل) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5674.

صفة كونه رهنًا أن يكون محوزًا مقبوضًا.

وصفاتُ الحوزِ تختلف باختلاف صورة الرهن؛ لأن[1] المقصود بالحوز إنما هو ارتفاعُ يد الراهن وحلول يد المرتهن مكانه بأي أنواع التصرفات كان، ولا يتمُّ رهنٌ إلَّا بالقبض وبالشهادة على معاينة حوزه، ولا ينفع الإقرار في ذلك[2].

قال بعض أصحابنا: وإنما لم يتم الحوز بالإقرار ولا بدَّ من معاينة البينة؛ لتعلُّق حق الغرماء [ز: 760/ أ] إن طرؤوا، وذلك أنه يتهم أن يقول: دعْني انتفع به وأشهد أنك قبضتَه، فتكون أحق به من الغرماء[3].

ولأنَّ إقرار الرجل على نفسه إنما يُقْبَل إذا لم يكن فيه إبطالُ حقِّ الغير[4]، فإذا أمكن أن يكونا تواطآ على ذلك؛ كان فيه إسقاط حق الغير -وهم الغرماء- فلم يقبل إلَّا بمعاينة البينة[5].

[في الرهن يؤجره المرتهن من ربِّه]

(ومن ارتهن رهنًا ثم ردَّه إلى ربه بعارية أو غيرها؛ بطل رهنه.

ومن استأجر دارًا ثم ارتهنها، ثم أجرها من ربها؛ بطل رهنُه)[6].

اعلم أن استدامة الحوز شرطٌ في صحة الرهن، فمتى حصل مقبوضًا، ثم عاد إلى ربه برضا المرتهن باستخدام أو عارية، أو إجارة أو غير ذلك -حتى يكون الراهن هو الحائز له- فقد خرج من الرهن خلافًا للشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

---

(1) كلمة (لأن) يقابلها في (م): (إلا أن).

(2) قوله: (والأصلُ في ذلك قوله تعالى: ﴿فَرِهَنٌ﴾... في ذلك) بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 429.

(3) قوله: (وإنما لم يتم الحوز بالإقرار ... من الغرماء) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 186.

(4) في (ز): (الغرماء) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) قوله: (ولأنَّ إقرار الرجل على نفسه ... بمعاينة البينة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 146.

ومن قوله: (قال بعض أصحابنا: وإنما لم) إلى قوله: (يقبل إلَّا بمعاينة البينة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 91.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 263 و(العلمية): 2/ 280.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ الآية [البقرة: **283**]، فعمَّ سائر أحوالها، ولأنها حالٌ من أحوالِ الرهن، فكانت تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن[1] مخرجةً له عن الرهن؛ كالابتداء[2].

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنَّ الرهن إذا رجع إلى يد الراهن وقبضه بأيِّ وجهٍ كان؛ فقد خرج من الرهن[3]؛ لأنَّ حكم الرهن وصفتَه أن يكون مقبوضًا في يد المرتهن أو من يقوم مقامه، وألَّا يكون في يدي الراهن، فمتى رجع إليه بأيِّ وجهٍ كان -من إجارةٍ، أو عارية، وأشباه ذلك- فقد خرج من الرهن، فمتى حدث ذلك وقام [م: **261**/ أ] الغرماء قبل قبض المرتهن للرهن؛ كان أسوة الغرماء، وكذلك إذا ردَّ الرهن، فكأنه لم يقصد الرهن بتركه في يد الراهن حتى يموت أو يفلس.

قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ومن حبس حبسًا فحيز عنه سنين[4]، ثم سكن ذلك المحبس بكراءٍ أو غيره؛ فلا يبطل ذلك حبسه، وكذلك الصدقة.

ولو كان رهنًا فقبضه وحازه، ثم ردَّه إلى صاحبه؛ لبطل بعوده إليه[5].

والفرق بين الرهن والصدقة إذا رجعت بعد الحوز إلى الراهن أو المتصدق أن الرهن بعد الحوز باقٍ على ملك الراهن، وإنما فيه وثيقة للمرتهن بحوزه، فمتى عاد إلى الراهن؛ بطل حوز المرتهن؛ لبطلان حوزه وثبت ذلك للراهن بحوزه.

وأمَّا الصدقة، فبالحوز انتقل ملك المتصدق عنها[6]، فصحَّت ملكًا للمتصدق عليه لا حقَّ للمتصدق فيها؛ كالاشتراء، فمتى رجعت إلى يد المتصدق بعد صحة حوزه، وبعد طول مدة لا يتهمان على إظهار الحوز فيها؛ لم يضر ذلك الصدقة؛ لصحة انتقال الملك،

---

(1) عبارة (تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) من قوله: (اعلم أن استدامة القبض) إلى قوله: (عن الرهن كالابتداء) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 146**.

(3) عبارة (فقد خرج من الرهن) يقابلها في (ز): (يبطله).

(4) كلمتا (عنه سنين) يقبلهما في (ز): (عنه عشر سنين) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 164**.

(6) عبارة (ملك المتصدق عنها) يقابلها في (ز): (الملك عنها من المتصدق).

كما لو رجعت إليه من يد مشترٍ[1].

قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: فإن قام المرتهن بردِّه؛ قُضي له به[2] إلَّا أن يدخله فوت من[3] تحبيس أو عتق أو تدبير أو بَيع أو إجارة أو قيام[4] غرماء[5].

يريد: إذا قام المرتهن بعد انقضاء الإجارة، فإن قام قبل انقضائها، وقال[6]: جهلتُ أن ذلك ينقض الرهن وأشبه ما قال؛ حلف وردَّه ما لم يقم الغرماء.

واختُلِفَ إذا أعاره إياه، هل له ردُّه في الرهن [ز:760/ ب] أم لا؟

فقال مالك وابن القاسم: ليس[7] للمرتهن إن أعاره[8] إياه[9] ردّه في الرهن؛ إلَّا أن يُعيره على ذلك، فإن أعاره على ذلك، ثم لم يرتجعه حتى قام الغرماء على الراهن أو مات؛ كان أسوة الغرماء.

وقال أشهب: العارية والإجارة سواء يُردَّان إليه[10] ما لم يقم الغرماء، أو يحدث في ذلك بيعًا[11] أو تدبيرًا أو تحبيسًا[12].

---

(1) من قوله: (والفرق بين الرهن والصدقة) إلى قوله: (إليه من يد مشترٍ) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 123.

(2) في (م): (بذلك).

(3) كلمتا (فوت من) يقابلهما في (ز): (به)، وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) ما يقابل كلمتا (أو قيام) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 162 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 120.

(6) في (ز): (وقالت).

(7) كلمة (ليس) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) كلمتا (إن أعاره) يقابلهما في (ز): (إن إن أعاره)، وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) كلمة (إياه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) في (ز): (لليد)، وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(11) ما يقابل عبارة (في ذلك بيعًا) غير قطعي القراءة في (م).

(12) قوله: (فقال مالك وابن القاسم: ليس ... أو تحبيسًا) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 162.

و من قوله: (قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: فإن) إلى قوله: (أو تدبيرًا أو تحبيسًا) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5722.

قال ابن القاسم: ومن ارتهن دارًا، فأكراها من رجلٍ بإذن الراهن، ثم أكراها المكتري من الراهن، فإن كان المكتري من ناحية رب الدار؛ فالكراء لازم، وقد فسد الرهن، وإن كان أجنبيًا وصحَّ ذلك؛ فذلك جائزٌ ولا يَفسُد الرهن[1].

قال بعض الفقهاء[2]: لمَّا تقدم صحة حوزه للرهن[3]، ثم غلب على رده إلى يد صاحبه؛ لم ينتقض الحوز؛ كالعبد إذا أبق[4] بعد أن حيز فأخذه الراهن[5].

[الرهن تزيد قيمته أو تقل عن حقِّ المرتهن]

(ومن ارتهن رهنًا بدون ما يساوي فتلف في يده؛ ضمن القيمة كلها وردَّ على الراهن الفضل من حقه، فإن كانت قيمة الرهن أقل من حقِّه؛ رجع على الراهن بتمام حقِّه)[6].

اعلم أن من ارتهن رهنًا فتلف في يده، وكان مما يغاب عليه؛ ضمن قيمته إلَّا أن تقوم له بينة على تلفه.

وقال أشهب: يَضْمنه على كلِّ حال؛ قامت البينةُ على تلفه أو لم تقُم[7].

فوجه قول ابن القاسم: هو أن سبب الضمان[8] فيما يغاب عليه؛ لئلا يتلفه، ويدَّعي أنه تلف من غير[9] سببه، فإذا علم صدقه؛ لم يضمن؛ ألا ترى أن العرفَ لما كان يشهد له

---

(1) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 166.

(2) في (ز): (العلماء).

(3) كلمتا (حوزه للرهن) يقابلهما في (ز): (حوز الرهن) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) كلمتا (إذا آبق) يقابلهما في (ز): (الآبق).

(5) من قوله: (قال ابن القاسم: ومن ارتهن) إلى قوله: (حيز فأخذه الراهن) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 124.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 263 و(العلمية): 2/ 281.

(7) قول أشهب بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 451.

(8) ما يقابل كلمتا (سبب الضمان) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمتا (من غير) يقابلهما في (م): (بغير).

فيما(1) يظهر تلفه من الرباع والحيوان؛ قُبِلَ قوله ولم يضمنه(2).

واحتجَّ أشهب بقول النبي ﷺ لصفوان بن أمية لمَّا استعار منه السلاح، فقال له: أغصبًا يا محمد فقال: «**بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»(3)؛ أي: فلابدَّ من أداء ذلك.

قال: ولأنَّ أصل ذلك كله الضمان، وعليه أخذه، ولو شَرَط ألَّا ضمان عليه لنَفَعَه(4) ذلك(5).

قال شيخنا -رحمة الله عليه-: وليس المقصود من هذه المسألة بيان حكم ضمان الرهن الذي يغاب عليه، فإنه قد تقدَّم(6)، ولا بيان صفة المقاصة فإنها ظاهرة، وإنما قصدُه أنَّ الرهن لا يكون بما فيه.

قال [م: **261**/ ب] مالك -رحمة الله عليه-: ولا يكون الرهنُ بما فيه، ولكن المرتهن(7) ضامن لجميع قيمته(8).

يريد: ويتقاصَّان.

وأما قوله ﷺ: «**الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ**»(9) فذلك محمولٌ عندنا على ما يُغاب عليه، إذا لم تُعْلم قيمته ولا صفته لا بقول الراهن ولا المرتهن، ولا بقول غيرهما، فهذا لا طلب لأحدهما على الآخر.

قال أصبغ رَحِمَهُ اللهُ: إذا هلك الرهنُ، وجهل المرتهن صفته، ووصفه(10) الراهن؛

---

(1) في (ز): (بما).

(2) قوله: (فوجه قول ابن القاسم: هو أن سبب ... ولم يضمنه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 149**.

(3) تقدم تخريجه في باب قيامُ البينةِ على تلف رهن باطن، من كتاب الرهن: **63/9**.

(4) في (ز): (لنفقة).

(5) من قوله: (فوجه قول ابن القاسم) إلى قوله: (عليه لنفعه ذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 101**.

(6) انظر النص المحقق: **84/9**.

(7) كلمة (المرتهن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 319**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 58**.

(9) ضعيف، رواه أبو داود في مراسيله، ص: **173**، برقم **(190)**، عن عطاء، ورفعه الدراقطني في سننه: **3/ 436**، برقم **(2916)** من حديث أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(10) في (ز): (وصفة).

فليحلف، فإن نكل؛ بطل حقه وكان الرهن بما فيه(1).

قال بعض الفقهاء: العدل أن يكون الرهن بما فيه إذا عميت(2) قيمته؛ لاحتمال أن يرهن بأقل من الدَّين أو مثله، أو أكثر منه.

فالعدل [ز: **761**/ أ] أن يكون بالدين وهو الوسط في القيم(3)، كما لو قال له: عندي من خمسين إلى ستين؛ فإنه يعطى خمسة وخمسين، ويقسم(4) المشكوك بينهما، كما يقسم ما بأيديهما إذا تداعياه؛ إذ لا مزيَّة لأحدهما على الآخر.

وقيل: إن الذمَّة على البراءة؛ فلا تعمر بالشك، فعلى هذا يُجْعل من أدنى الرهون(5)، كما قالوا: إذا أقرَّ أن له عليه دراهم، فجعل عليه أقل عدد [الدراهم](6)، وذلك ثلاثة دراهم(7).

واختُلِفَ متى يلزم المرتهن القيمة؟

فقال عيسى عن ابن القاسم: يوم ضاع لا يوم ارتهنه.

وقيل: يضمن القيمة يوم ارتهنه(8).

فوجه القول الأول هو أنَّ الضمان إنما يكون بالتلف، فاعتبرت القيمة حينئذٍ كالتعدي.

ووجه القول الثاني هو أن سبب الضمان إنما هي(9) التهمة والقبض؛ إذ هو قابضٌ لمنفعة نفسه، فاعتبرت القيمة يوم القبض؛ بدليل أنه لو تلف من حينه ترتَّب عليه الضمان.

---

(1) من قوله: (فذلك محمولٌ عندنا) إلى قوله: (وكان الرهن بما فيه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 187** و**188**.

(2) في (ز): (عمت).

(3) في (ز): (القيمة).

(4) في (ز): (يقسم).

(5) في (ز): (الرهن).

(6) كلمة (الدراهم) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(7) من قوله: (قال بعض الفقهاء: العدل) إلى قوله: (وذلك ثلاثة دراهم) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 98**.

(8) قوله: (فقال عيسى عن ...القيمة يوم ارتهنه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 101**.

(9) في (م): (هو).

[اختلاف المتراهنين]

(ومن ارتهن رهنًا فأخرجه إلى ربِّه، فذكر أنه غير رهنه؛ فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه، ولو ادَّعى المرتهن أنه رده؛ لم يُقبل قوله في ذلك)[1].

وإنما كان القول قول المرتهن في عين الرهن؛ لأنَّه مؤتمنٌ عليه، والراهن يريد تضمينه[2]؛ فالقول قول المرتهن مع يمينه إذا لم يأخذ الرهن ببينة.

قال الأبهري -رحمة الله عليه-: وليس كذلك إذا ادَّعى أنه تلف؛ لأنه ليس مصدَّقًا على التلف؛ لقبضه الرهن لمنفعة نفسه وهو مؤتمنٌ على عينه، فكان القول قوله مع يمينه[3].

ولأنَّه لمَّا رَضِيَ أمانته، وأن يكون الرهن في قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد؛ وجب أن يكون القول في ذلك قوله[4].

وإنما لم يقبل قول المرتهن إذا ادَّعى أنه ردَّه على ربه؛ لأنه معترفٌ بالقبض ومدَّعٍ ردَّه، وصاحبه منكِر، فلم يقبل قوله إلَّا ببينة.

(ومن أقرَّ لرجلٍ بسلعة في يده[5]، وادَّعى أنها رهن عنده، وأنكر ذلك ربها؛ لم يقبل قول الذي في يده[6] السلعة إلَّا ببيِّنة)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الذي هي في يده معترفٌ بها لربها ومدَّعٍ حق له بعينها، فلم يقبل قوله في ذلك إلَّا ببينة[8]، ولا يكفي في ذلك كونها في يده؛ لأنَّ ذلكً لا يوجِبُ تعلُّق حقِّه بها،

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 264 و(العلمية): 2/ 281.

(2) جملة (إذا لم يأخذ الرهن ببينة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

و قوله: (وإنما كان القول قول المرتهن ... يريد تضمينه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 151.

(3) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [6/ أ].

(4) عبارة (القول في ذلك قوله) يقابلها في (م): (القول قوله في ذلك) بتقديم وتأخير.

وقوله: (ولأنَّه لما رضي أمانته، وأن يكون ... في ذلك قوله) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 151.

(5) في (م): (يديه).

(6) في (م): (يديه).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 264 و(العلمية): 2/ 281.

(8) عبارة (شرح: وإنما قال ذلك... إلَّا ببينة) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

والقول قول رب السلعة مع يمينه.

فإن تصادقا أنها رهنٌ واختلفا في القضاء، فإن كان الرهن بيد المرتهن؛ فالقول قوله، وإن كان بيد الراهن؛ فالقول قول الراهن إذا قبضه وطال.

واختُلِفَ إذا قَرُبَ قبضه، هل يكون القول قول المرتهن أو الراهن.

قال اللخمي رَحِمَهُ اللَّهُ: وأن يقبل قول الراهن أصوب؛ لأنَّ الشَّأن أن المرتهن لا يُسَلِّم الرهن إلَّا بعد القبض [ز: 761/ ب] إلَّا أن يكون لقوم عادة في أنهم يسلمون الرهن ثم يطلبون الدَّين[1].

[تلف الرهن واختلاف المتراهنين]

(ومن ارتهن رهنًا فتلف في يده، واخْتَلَفَ هو وربه في تلفه وفي صفته وقيمته؛ كان القول في ذلك قول المرتهن مع يمينه.

ثم إذا حلف على تلفه وعلى صفته[2]؛ قوَّمه أهل البصيرة[3] به.

فإن جهل صفته؛ حلف على قيمته، وإن جهل قيمته؛ حلف ربُّ الرهن [م: 262/ أ] على صفته إن عرفها أو قيمته إن جهل صفته)[4].

اعلم أنَّ من ارتهن رهنًا فتلف في يده فادَّعى المرتهن تلفه وقال ربه: **(لم يتلف وإنما أنت أخفيته)** فالقول قول المرتهن، وحَكَى ابن حارث في ذلك الاتفاق.

واختُلِفَ هل عليه يمينٌ أم لا؟

فحُكِيَ عن بعض القرويين أنه قال: إذا هلك الرهن الذي يغاب عليه، ولم يعلم هلاكه إلَّا من قول المرتهن؛ أنه لا بدَّ من يمينه كان متهمًا أو غير متهم؛ لأنه إنما أخذه لمنفعة نفسه بخلاف الوديعة[5].

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5714.

(2) ما يقابل عبارة (على تلفه وعلى صفته) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (البصر).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 264 و(العلمية): 2/ 282.

(5) قوله: (واختلف هل عليه... بخلاف الوديعة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 101.

قال الأبهري: والدليل على أنَّ المرتهن ليس بمنزلة المودع؛ لأنَّ المرتهن إنما قبض الشيء لمنفعة نفسه وتعلق حقه بالرهن وأنه أَوْلَى به من الغرماء في الفلس والموت، فكان قبضه الرهن لمنفعة دون منفعة الراهن، ولم يشبه المودع؛ لأنَّ قبض المودع لمنفعة ربه[1] دونه[2].

ولا يشبه المرتهن الغاصب الذي يضمن بكلِّ وجه، ولكنه[3] إذا علم أن تلفه بغير سببه، وأن ذلك قد[4] تلف؛ فلا قيمة عليه، وإنما هو غير مصدَّق على[5] التلف لما ذكرناه.

فإذا علم تلفه فهو من الراهن؛ لقول النبي ﷺ: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[6]، ولأنَّ ملكه لما كان للراهن، ولم يكن المرتهن متعديًا بقبضه ولا يده عليه يد غاصب؛ كان تلفه من مالكه، فهذا حكم الرهن.

وحكم الرهن عند مالك رضي الله عنه وحكم العارية سواء؛ لأنَّ المستعير -أيضًا- قَبَضَ الشيء لمنفعته لا لمنفعة ربه[7].

قال ابن يونس: وأحب إلينا أن يحلف المتهم[8] لقد ضاع وما فرطت ولا تعديت[9].

زاد ابن مزين: ولا أعلم له موضعًا منذ ضاع.

وذهب العتبي [إلى][10] أنه لا يمين عليه، وقال: كيف يحلف ويضمن؛ إلَّا أن يقول الراهن: (أخبرني مخبر صدق على كذبه وأن الرهن عنده) فحينئذٍ يحلف، والغير متهم

---

(1) ما يقابل كلمة (ربه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (دونه) يقابلها في (ز): (دون منفعته).

(3) ما يقابل كلمة (ولكنه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (م): (من).

(5) ما يقابل كلمتا (مصدَّق على) غير قطعي القراءة في (م).

(6) تقدم تخريجه في أقسام الرهن من كتاب الرهن: **59/9**.

(7) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [3/ أ و3/ ب].

(8) كلمة (المتهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 102**.

(10) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

يحلف ما ضيَّعت وما فرطتُ(1)، ولا يحلف على الضياع، وهو(2) مصدَّق.

وذكر(3) عياض أنه يحلف على الضياع(4).

فإن اتَّفَقا على تلفه، واختَلَفا في قيمته وفي صفته؛ قوَّمه أهل البصر، وكان القول في ذلك قول المرتهن مع يمينه؛ لأنه غارمٌ، والأصول موضوعة على أن القول قول الغارم [ز: 762/ أ] مع يمينه(5).

قال الأبهري: لأن المرتهن مؤتمنٌ على صفة الرهن؛ فالقول قوله مع يمينه(6).

قال أشهب: إلَّا أن يتبيَّن كذبُه(7).

وإذا قوَّمه أهل الخبرة به(8) على الصفة التي حلف عليها المرتهن؛ حاسبه بمقدار دَينه من القيمة، فأخذ فضلًا(9) إن بقي له، أو رجع عليه بفضل إن بقي عليه، فإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصفة التي ادَّعاها؛ رُدَّت اليمين على الراهن، فحلف على ما يدَّعيه من صفته، ثم قوَّمه أهل الخبرة به على صفته.

فإن جهلت صفته؛ حلف المرتهن على قيمته فقط؛ لأنه لا يوصل(10) إلى أكثر من ذلك، ومن ادَّعى منهما [في الصفة](11) ما يكذبه العرف؛ لم يلتفت إلى دعواه(12).

---

(1) كلمتا (ضيَّعت وما فرطتُ) يقابلهما في (م): (فرطت وما ضيعت) بتقديم وتأخير.

(2) في (ز): (وأنه).

(3) في (م): (ونقل).

(4) من قوله: (زاد ابن مزين) إلى قوله: (على الضياع) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 4/ 2286.

(5) قوله: (فإن اتفقا على تلفه... الغارم مع يمينه) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 250.

(6) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [3/ أ].

(7) قول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 232.

(8) كلمتا (الخبرة به) يقابلهما في (ز): (البصيرة).

(9) في (م): (فضلها) وما اخترناه موافق لما في المعونة.

(10) في (ز): (يتوصل).

(11) الجار والمجرور (في الصفة) ساقطان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من معونة عبد الوهاب.

(12) قوله: (وإذا قوَّمه أهل الخبرة به ... لم يلتفت إلى دعواه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 150.

(ومن ارتهن رهنًا فتلف في يده، فاتفق هو والراهن[1] على قيمته، واختلفا في قدر الحق الذي رهن فيه؛ فالقول قول المرتهن إلى قدر قيمة الرهن، ويحلف على ما ادَّعاه كله[2]، ويحكم له بقدر قيمته، ثم يحلف الراهن على الفضل ويبرأ منه[3].

فإن نكل[4] عن اليمين؛ غرم الفضل بنكوله ويمين[5] خصمه، وكذلك لو كان الرهنُ قائمًا بحاله واختلفا في قَدْر ما رهن فيه)[6].

وإنما كان القول قول المرتهن؛ لأنَّ العادة جاريةٌ أن الناس يرهنون فيما يساوي[7] ديونهم أو ما يقاربها، لا بما[8] بقي بها، فالرهن كشاهد للمرتهن، فيحلف على ما ادَّعاه، ويحكم له بقدر قيمته[9].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنَّ الرهن وثيقةٌ بالحق، كما كانت [م: 262/ ب] الشهادة وثيقة بالحق، فلما رجع إلى قول الشهود في مبلغ الحق إذا وقع التنازع فيه؛ وجب أن يرجع إلى قيمة الرهن في مبلغ الحق إذا وقع التنازع فيه[10]؛ لأنَّ الناس في الأغلب[11] يرهنون[12] بحقوقهم ما قيمته أكثر من الحق أو مثله، هذا هو الأغلب لا ما هو دون حقوقهم، وإذا كان كذلك[13] رجع إلى[14] قيمة الرهن في مبلغ الدَّين؛

---

(1) في (ز): (وربه).

(2) كلمة (كله) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (امتنع).

(5) عبارة (الفضل بنكوله ويمين) يقابلها في (ز): (الحق بيمينه ونكول).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 264 و265 و(العلمية): 2/ 282 و283.

(7) في (ز): (سوى).

(8) في (م): (ما).

(9) قوله: (وإنما كان القول قول ... بقدر قيمته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 150.

(10) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(11) كلمتا (في الأغلب) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بها (م).

(12) في (م): (يرتهنون).

(13) في (ز): (ذلك).

(14) حرف الجر (إلى) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

لأنه يشهد به لصاحب الدَّين[1].

وأما قوله: (ويحلف على ما ادَّعاه) فإنما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن مدَّعٍ لجملة ما ذكره من الحق، فعليه أن يحلف على جملة ذلك، ثم[2] يكون له مما حلف عليه قدر ما يشهد[3] الرهن له به من قيمته[4]، فيكون كالحكم بالشاهد واليمين، ثم يكون الراهن بالخيار فيما فضل عن قيمة الرهن إن شاء أعطاه المرتهن، وإن شاء حلف أن ذلك ليس عليه؛ لأنَّ المرتهن لا شهادة له فيما يذكره من الدين[5] فيما زاد على قيمة[6] الرهن، فصار مدَّعيًا لذلك، والراهن مدَّعى عليه، فكان حكم ذلك حكم المدعي والمدَّعى عليه؛ إمَّا بينة المدعي أو يمين المدعى عليه[7].

وذهب بعض القرويين إلى[8] أنه إنما يحلف المرتهن على[9] قيمة الرهن، كما لو ادعى [ز: 762/ ب] عشرين وشهد له شاهد بخمسة عشر؛ فإنما يحلف على خمسة عشر[10].

قال عياض: وما قاله مالك رَحِمَهُ اللَّهُ أصح، ولا يُشبه الرهن الشاهد؛ لأنَّ الرهن متعلقٌ بجميع الدَّين، والشاهد لا تعلُّق له[11] بشيء منه إلَّا بما شهد به.

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [3/ ب].

(2) كلمة (ثم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) في (م): (شهد).

(4) ما يقابل كلمة (قيمته) غير قطعي القراءة في (م).

(5) في (ز): (اليمين).

(6) في (ز): (قدر).

(7) من قوله: (فإنما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن مدَّعٍ) إلى قوله: (بينة المدعي أو يمين المدعى عليه) بنصِّه في مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [4/ أ].

(8) كلمة (إلى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) ما يقابل عبارة (إنما يحلف المرتهن على) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمتا (خمسة عشر) يقابلهما في (ز): (عشرة) وما اخترناه موافق لما في نكت عبد الحق.

قوله: (وذهب بعض القرويين ... خمسة عشر) بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 192.

(11) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

وقال ابن المواز: المرتهن مخيَّر بين أن يحلف على جميع دعواه، أو على قدر قيمة الرهن.

قال: والفرقُ بين الشاهد والرهن؛ أن الرهن يتعلق بجميع الدين، والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به[1].

قال: ألا ترى أن الراهن لو أقرَّ بدعوى المرتهن، فإن الرهن يكون رهنًا بجميع دعواه، ولا يختص بقدر[2] قيمته منه، ولو أقر بشهادة الشاهد؛ لم يكن لشهادته تعلق بعشرة أخرى.

وأما قوله: (ثم يحلف الراهن على الفضل) فلأنه مدَّعىً عليه، ويبرأ منه، فإن نكل عن اليمين؛ غرم الفضل[3] بنكوله ويمين خصمه؛ لأنَّ نكولَه بمثابة شاهد قام للمرتهن.

وأما[4] قوله: (وكذلك لو كان الرهن قائمًا بحاله، واختلفا في قدر ما رهن به) فإنما قال ذلك: لأن العادة جاريةٌ بين الناس أنهم إنما يرهنون بما يساوي ديونهم ويقاربها.

فإذا ادَّعى أحدهما ما يُصدِّقه العرف، وادَّعى الآخر خلافَه؛ كانت اليمين في جنبة من صدَّقه العُرف، ولأن المرتهن إذا قبض الرهن وحازه؛ صار شاهدًا له بقدر ما يدعيه[5].

قال مالك رَحِمَهُ اللهُ: وإذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين، فالرهن كشاهد للمرتهن إذا حازه، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتداعي -لا يوم التراهن- مثل دعوى المرتهن فأكثر؛ صُدِّق مع يمينه[6].

وإنما كانت القيمة فيه يوم الحكم؛ لأنه يومئذٍ يستوجِبه، وتباع له إن لم يوفِّ دينه، فكانت قيمته حينئذٍ كشاهد له؛ لاستحقاقه ذلك.

قال في "العتبية": وإنما ينظر إلى قيمته يوم الحكم إذا كان الرهن قائمًا؛ كان مما يُغاب

---

(1) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 4/ 2294 و2295.

(2) ما يقابل كلمتا (يختص بقدر) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (ز): (الحق).

(4) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والذي يقدر بنحو ربع لوحة.

(5) من قوله: (وكذلك لو كان الرهن) إلى قوله: (له بقدر ما يدعيه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 150.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 60.

عليه أم لا، كان على يد المرتهن أم على يد أمين[1].

قال عبد الحق: لأن الرهن بيد المرتهن كالشاهد، فإنما ادَّعى شهادته يوم الحكم؛ فوجب أن ينظر في شهادته حين الحاجة إليها.

فأمَّا إذا كان الرهن قد ضاع؛ فالقول قوله إلى [مبلغ][2] قيمته يوم قبضه؛ لأنَّه كشاهدٍ شهد ثم ذهب، فإنما ينظر إلى شهادته حين شهد[3].

قال ابن يونس: ولأنه ليس ثَمَّ رهنٌ قائم يشهد له؛ فكان القول قوله إلى مبلغ قيمته يوم القبض؛ لأن عادة الناس إنما يرتهنون بما يساوي ديونهم، فصارت قيمته حينئذٍ مكانه[4].

[بيع المرتهن للرهن]

[5](وليس للمرتهن أن يبيع الرهن إلَّا بإذن راهنه، فإن باعه بغير إذنه؛ لم يجز بيعُه)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنه إنما جعل على يديه على[7] سبيل التوثقة [ز: **763**/ أ] ولم يجعل له التصرف فيه، ولأنَّ الرهن باقٍ على ملكِ ربه، وليس لأحدٍ أن يُحدث في ملك الغير شيئًا إلَّا بإذنه.

فإن تعدَّى المرتهن فباع الرهن أو وهبه؛ فلربه[8] أن يردَّه ويأخذه حيث وجده؛ لأنه لما افتيت عليه في ملكه بغير إذنه كان له رده[9]، ويدفع ما عليه إلى مشتري الرهن إن كان الأجل

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: **11/ 96**.

ومن قوله: (قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا) إلى قوله: (أم على يد أمين) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 147** و**148**.

(2) كلمة (مبلغ) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من نكت عبد الحق.

(3) النكت والفروق، لعبد الحق: **2/ 192**.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 148**.

(5) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والمقدر بنحو ربع لوحة.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 265** و(العلمية): **2/ 283**.

(7) كلمتا (يديه على) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(8) في (ز): (فللمرتهن).

(9) عبارة (لأنه لما افتيت عليه في ملكه بغير إذنه كان له رده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

قد حلَّ، فإن كان ذلك أقل من الثمن الذي دفعه المشتري فيه؛ رجع المشتري ببقية ثمنه على بائعه.

وأمَّا إن لم يحل أجل الدَّين؛ فالراهن مخيرٌ في إجازة البيع ويقبض جميع الثمن، ولا يردّه إلى المرتهن، ويجعله[1] بيد عدلٍ رهنًا إلى الأجل؛ لأنه وإن ظُلِمَ في بيعه، فلا يُظْلَم في فسخ[2] رهنه؛ إلَّا أن يأتي ربه برهنٍ مثله؛ فله[3] أن يقبض الثمن، ويوقف له الرهن، وكذلك إن رَدَّ البيع؛ فإنه يجعل الرهن بيد عدل؛ لئلا يبيعه ثانية.

قال أشهب: فإن فات الرهن؛ غرم فيه[4] المرتهن الأكثر من الثمن أو من[5] قيمته يوم باعه، فيأخذ ذلك [منه][6] الراهن، ولا يحبس منه المرتهن شيئًا [بحقه][7] إذا كان الأجل لم يحل؛ لأنَّه الفاسخ لرهنه، وابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في مثل هذا يرى[8] إيقاف الثمن[9].

[بيع المرتهن للرهن]

(ومن رهن عند رجلٍ رهنًا [م: 263/ أ] **ووكَّله على[10] بيعه في حقه[11]؛ جاز له بيعُه إذا كان يسيرًا كالقضب ونحوه مما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه.**

وإن كان ربْعًا أو غيره مما تكْثُر قيمته ولا يضره بقاؤه؛ فقد كره له بيعه إلَّا بإذن الحاكم إذا غاب ربه.

---

(1) في (ز): (وجعله).

(2) كلمتا (في فسخ) يقابلها في (ز): (بفسخه).

(3) ما يقابل كلمة (فله) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) حرف الجر (من) ساقط من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمة (منه) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(7) كلمة (بحقه) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(8) كلمة (يرى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) من قوله: (فإن تعدى المرتهن) إلى قوله: (يرى إيقاف الثمن) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 104**.

(10) في (ز): (في).

(11) كلمتا (في حقه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

وقال أشهب: لا بأس ببيع الرَّبْع وغيره)[1].

اعلم أنه يصح[2] توكيل الراهن للمرتهن في بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل وتعذر أداء الحق وله بيعه، خلافًا للشافعي[3] رضي الله عنه.

ودليلنا: اعتبارًا بتوكيل الأجنبي[4].

وإنما فرَّق ابن الجلَّاب بين ما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه، وبين ما تكثر قيمته ولا يضرُّه بقاؤه من جهة أن ما[5] لا يبقى[6] مثله لو احتيج[7] في بيعه إلى مطالعة السُّلطان؛ لم يؤمن عليه الفساد والنقص؛ فلذلك أبيح له كما شرط؛ بخلاف ما تكثر قيمته ولا يضره بقاؤه، فإنه قد يتعجل[8] في البيع لأخذ ماله، فاحتيج[9] إلى نظر السلطان في ذلك[10].

قال الأبهري رحمه الله: وإنما قال ذلك[11] في القضب وأشباهه: (أن له[12] بيعه)؛ لأن تأخير بيعه يضر به، ولأنه تكرَّر بيعه على ما يحدث منه[13] من[14] البطون، فجاز له بيعه من غير إذن سلطان؛ لأن إذنَ السلطان له يتعذر عليه على ممر الأوقات، ويشق ويتعذر عليه

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 265 و(العلمية): 2/ 283.

(2) في (ز): (يجوز).

(3) قول الشافعي بنحوه في الحاوي الكبير، للماوردي: 6/ 128.

(4) كلمتا (بتوكيل الأجنبي) يقابلهما في (ز): (بالأجنبي)

قوله: (اعلم أنه يجوز ... اعتبارًا بتوكيل الأجنبي) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 157.

(5) في (ز): (بما).

(6) ما يقابل كلمتا (لا يبقى) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (احتاج).

(8) في (ز): (يستعجل).

(9) ما يقابل كلمة (فاحتيج) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قوله: (من جهة أن ما لا يبقى مثله ... في ذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 111.

(11) كلمة (ذلك) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(12) ما يقابل كلمتا (أن له) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل عبارة (ما يحدث منه) غير قطعي القراءة في (م).

(14) حرف الجر (من) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

التوصل إليه.

قال الأبهري: فأمَّا ما لم يكن بطونًا مثل الثمار وغيرها، ولم يخف فساده؛ فليس ينبغي له أن يبيعه[1] بغير إذن[2] السلطان؛ ليقوم بالعدل بينه وبين [ز: **763**/ ب] المرتهن، ولئلا يتهم المرتهن في محاباةٍ أو تقصيرٍ.

وكذلك وكل الراهن المرتهن[3] في البيع، فالأحبُّ إلينا ألا يبيعه إلَّا بأمر[4] السلطان.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللهُ: لأنَّ المرتهن قد لا يستقصي في البيع، ولا يحتاط فيه للراهن، فالاحتياط ألَّا يبيعه إلَّا الحاكم، فإن لم يفعل وباعه دون الحاكم؛ جاز بيعُه؛ لأنَّ الراهن قد وكَّله في ذلك، وسلَّطه على بيعه، فإذا باعه بثمن مثله؛ جاز ذلك عليه، كما يجوز ذلك إذا وكَّل غير المرتهن، ولا فصل إذا وكَّله في بيع الحيوان والرباع وغيرها.

وإنما كره مالك رَحِمَهُ اللهُ بيع الربع والحيوان؛ لكثرة ثمنهما، ولأنَّ أمرهما يظهر، وتقع فيهما الخصومة متى جاء الراهن[5]، وليس كذلك ما يخف من المرهون.

وقد قال مالك رَحِمَهُ اللهُ: إن بيع ذلك كله جائز، وإن كان الأحب إليه أن يوكل غير المرتهن، فإن فعل؛ جاز البيع؛ لتسليط الراهن إياه في ذلك، وهذا هو القياس.

وهذا إذا كان بموضع فيه سلطان، وأمَّا في موضعٍ[6] لا سلطانَ فيه أو فيه سلطان[7] يصعُب تناوله؛ فبيعه جائزٌ إذا أصاب وجه البيع؛ لتوكيله إياه على البيع.

وقال أشهب: لا بأس ببيع الربع[8] وغيره؛ لأنه وكيلٌ على ذلك كالأجنبي[9].

---

(1) في (م): (بيعه).

(2) في (م): (أمر).

(3) عبارة (ولئلا يتهم... الراهن المرتهن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) كلمتا (إلا بأمر) يقابلها في (م): (بغير أمر).

(5) في (ز): (للراهن).

(6) في (م): (بلد).

(7) كلمة (سلطان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (م): (الرهن).

(9) من قوله: (وإنما كره مالك) إلى قوله: (على ذلك كالأجنبي) بنحوه في المنتقى، للباجي: **7/ 271**.

[تصرف الوكيل في بيع الرهن]

(ومن وكَّل وكيلًا على بيع رهنٍ وقضاء دينه من ثمنه؛ فليس له إخراجه من وكالته إلَّا برضا مرتهنه)[1].

اختُلِفَ فيمن وكَّل وكيلًا على بيع رهنٍ وقضاء دينه من ثمنه، هل له عزله أم لا؟

فحكى ابن الجلَّاب والقاضي عبد الوهاب[2] أنه ليس له ذلك إلَّا برضا مرتهنه.

وقال القاضي إسماعيل: له ذلك كسائر الوكالات، وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه.

ودليلنا: أن هذه وكالة قد تعلَّق بها حق المرتهن وهو تولي البيع؛ ليصل المرتهن إلى أخذ حقه، وفي عزله إبطال لهذا المعنى[3].

(ومن كان له على رجل حقَّان؛ أحدهما برهن، والآخر بغير رهن، فقضاه أحدَ الحقَّين، وادَّعى أنه الحق الذي بالرهن، فأنكر ذلك المرتهن؛ تحالفا[4] وقَسَم ما قضاه بين الحقين جميعًا على قدرهما)[5].

[م: 263/ ب] اعلم أن مَنْ كان له على رجلٍ مائتان؛ مائة برهن، ومائة بغير رهن، فقضاه مائة[6]، واختَلَف هو والمرتهن فقال الغريم: قضيتُ عن[7] الرهن فادفعه لي، وقال المرتهن: قضيتَ[8] عن التي[9] بغير رهن؛ تحالفا وقُسِمَت بينهما نصفان[10].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 265 و(العلمية): 2/ 284.

(2) عبارة (ابن الجلاب والقاضي عبد الوهاب) يقابلها في (ز): (القاضي عبد الوهاب، وابن الجلَّاب) بتقديم وتأخير.

(3) من قوله: (اختلف فيمن وكَّل) إلى قوله: (إبطال لهذا المعنى) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 157.

(4) ما يقابل كلمة (تحالفا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 265 و266 و(العلمية): 2/ 284.

(6) كلمتا (فقضاه مائة) يقابلهما في (ز): (فقضاه أحد الحقين مائة) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) حرف الجر (عن) يقابله في (ز): (على الحق) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(8) في (م): (قضيتني).

(9) عبارة (قضيت عن التي) يقابلها في (ز): (قضيتي على الذي) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(10) قوله: (اعلم أن من ... نصفان) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5714.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنهما قد استويا في الدعوى، واحتَمَل ما قال كل واحد منهما، وليس لأحدهما على الآخر سببٌ يقوِّي قوله، فكان ذلك كالمتداعيين شيئًا في أيديهما أن ذلك بينهما، وكذلك إن أقاما[1] بينةً، وكان الشيء في أيديهما أو[2] لم يكن في أيديهما [ز: 764/ أ] فهو بينهما بعد أيمانهما؛ لاستوائهما في الحجَّة، وكذلك يجب أن يكون ما قضاه من المال بين الحق الذي بالرهن، والحق الذي بغير رهن.

قال ابن يونس رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا إذا ادَّعيا أنهما بيَّنا ذلك عند القضاء.

وقال أشهب: القول قول المقتضي؛ لأنه مؤتمنٌ مدَّعى عليه[3]، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ كان القول قول الحالف[4].

قال اللخمي: وهذا إذا حلَّت المائتان جميعًا، فإن حلَّت أحدهما[5]؛ كان القول قول من ادَّعى أنها[6] من الحالة[7]، وإن لم يحلا وكان أجلهما سواء أو متقارِبًا؛ حلفا وقُسِمَت بينهما.

والقياس أن يكون القولُ قول الدافع؛ لأنه متطوعٌ؛ لأنه يقول: إنما قصدتُ تعجيل المائة؛ لآخذَ الرهنَ، وإن تباين ما بينهما؛ كان القول قول مَن ادَّعى أقربهما أجلًا مع يمينه[8].

قال ابن المواز: وإنما لم[9] تصح القسمةُ إذا لم يكن حلَّ شيء من ذلك، أو حلَّا جميعًا، فأما إن كان بعضه حلَّ وبعضه لم يحل؛ فالقول قول من ادَّعى أنه من الحق الحال؛

---

(1) ما يقابل كلمة (أقاما) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (ز): (لو).

(3) قول أشهب بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد: 3/ 103.

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 126 و127.

(5) كلمتا (حل أحدهما) يقابلهما في (م): (حلت إحداهما).

(6) كلمة (أنها) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) في (ز): (الحال).

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5714.

(9) كلمة (لم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

كان القابض أو الدافع مع يمينه.

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا قال أحدهما: قضيتك ويثبت أنها لكذا[1]، وقال الآخر: قد شرطتُ عليك أنها لكذا؛ فإن الحقَّ يُقسَم بينهما.

ابن المواز: بعد أيمانهما، ومن نكل منهما؛ كان القول قول الحالف، فإن حلفا جميعًا أو نكلا جميعًا؛ قسم ذلك على الحقَّين[2].

[فيمن ارتهن رهنًا على مال، فاقتضى بعضه]

(ومن ارتهن رهنًا على مال فاقتضى بعضه؛ فليس لربِّ الرهن أخذ شيءٍ منه؛ إلَّا بعد قضاء الحق كله)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ العادة جارية أنَّ الراهن لا يسترجع من رهنه شيئًا إلَّا بعد قضاء الدين.

قال القاضي عبد الوهاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ولأن الرهن مالٌ محبوس بحق؛ فوجب أن يكون محبوسًا بكلِّ[4] جزء منه.

أصله: لو مات وعليه دينٌ وخلَّف تركةً، فإن جميعها محبوسٌ، ولا يستحق الورثةُ منها شيئًا إلَّا بأداء جميع الدَّين[5].

واختُلِفَ إذا كان الرهن بدينين فقضى أحدهما فحكى ابن شعبان رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يخرج من الرهن بقدره.

وقال ابن المواز: يكون جميعه رهنًا بالثاني.

---

(1) عبارة (ويثبت أنها لكذا) يقابلها في (ز) و(م): (وبينت لك) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) من قوله: (قال ابن المواز: وإنما) إلى قوله: (ذلك على الحقين) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 127.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 266 و(العلمية): 2/ 284.

(4) في (ز): (كل).

(5) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 153.

قال اللخمي: والأول[1] أحسن؛ إلَّا أن يكون عادةَ أنَّ ما بقِيَ رهن في الثاني[2].

[في الرهن يرهن فضله من دائن ثان]

(ومن رهن من رجل رهنًا[3]، ثم رهن من آخر فضله بإذن الأول، ثم حلَّ أجل الحق الثاني قبل الأول، فإن كان الرهن مما يمكن قسمه؛ قسم بينهما، فبيع للثاني[4] نصيبه، وأمسك للأول نصيبه حتى يحل حقه، وإن كان مما لا يمكن قَسْمه؛ بِيع الرهن كله، وقضى المرتهنان جميعًا حقوقهما)[5].

اعلم أن من رَهَن رهنًا على أقلِّ من قيمته، ثم رهن من [ز: **764**/ ب] آخر فضلته[6] بإذن المرتهن، ثم حلَّ أجل الحقين، فلا يخلو إمَّا أن يكون الأول أو الثاني، فإن كان الثاني؛ بيع الرهن وبدئ بالأول، فقضى حقه ثم أعطى للثاني ما فضل؛ لأنَّ المرتهن الأول قد وجب له حق الرهن، فهو أوْلَى به حتى يستوفي حقه، ثم يكون ما فضل للثاني[7]؛ لأنه على ذلك دخل، وهذا إذا كان [م: **264**/ أ] الرهن مما لا يمكن قسمته.

وإن كان مما[8] يمكن قسمته[9]؛ قسم بينهما إن كان فيه فضلٌ عن دَين الأول؛ لأن المرتهن الثاني لا يكون له إلَّا ما فضل عن دين الأول؛ إذ هذه حقيقة الفضلة، فبيع للثاني نصيبه وأمسك نصيب الأول حتى يحلَّ حقه؛ لأنَّ المرتهن الأول لمَّا علم أن أجل الثاني

---

(1) كلمة (والأول) يقابلها في (ز): (واللفظ الأول).

(2) من قوله: (واختلف إذا كان) إلى قوله: (ما بقي رهن في الثاني) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5704**.

(3) عبارة (من رجل رهنًا) يقابلها في (ز): (رهنًا من رجل) بتقديم وتأخير.

(4) كلمتا (فبيع للثاني) يقابلهما في طبعة دار الغرب والعلمية: (فباع الثاني).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 266** و(العلمية): **2/ 284**.

(6) في (ز): (فضله).

(7) ما يقابل كلمة (للثاني) غير قطعي القراءة في (م).

(8) عبارة (مما لا تمكن قسمته وإن كان مما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) في (ز): (قسمه).

يحل قبله ولم يشترط التعجيل فقد دخل على أن المرتهن الثاني يأخذ فضلة الرهن عند[1] حلول أجله.

قال ابن القاسم في "العتبيَّة": إن حلَّ أجل الثاني قبل الأول ولم يكن في الرهن فضل؛ لم يُبَع[2] إلَّا إلى أجل الأول، وإن كان فيه[3] فضلٌ؛ بِيع الآن وعجل الأول حقه، وأخذ الثاني ما فضل.

وإن حلَّ الأول؛ بيع الرهن وقضى للأول حقه[4].

واختُلف هل يعجل للثاني حقه، أو يطبع عليه ويبقى رهنًا حتى يحل دينه، وإن حلَّا جميعًا؛ بيع الرهن وبُدئ بالأول، فقضى حقه وكان للثاني ما فضل.

[بيع الراهن الرهن بغير إذن مرتهنه]

(وإذا باع الراهن الرهن[5] بغير إذن مرتهنه؛ لم يجز بيعه وإن باعه بإذنه؛ جاز بيعه وقضى للمرتهن حقَّه بعد أن يحلف أنه ما أُذن له في بيعه إلَّا ليستوفي حقه كله)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأن المرتهن إنما أخذه توثقةً لنفسه، فلم يجز للراهن أن يحدث فيه حدثًا يبطل رهنه؛ لأنَّ ذلك يزيل مقصود الرهن، فإن باعه بإذن المرتهن؛ جاز بيعه، وقضى للمرتهن حقه بعد أن يحلف أنه ما أذن له في ذلك إلَّا ليستوفي حقه، وهذا إذا باعه وهو في يد المرتهن لم يسلمه، فأما لو أسلمه[7] له فباعه؛ خرج من الرهن[8].

---

(1) في (ز): (حالة).

(2) في (ز): (يبلغ) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.

(3) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) قوله: (قال ابن القاسم في ... للأول حقه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 219** والبيان والتحصيل، لابن رشد: **11/ 69** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 133**.

(5) كلمة (الرهن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) كلمة (كله) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز)

والتفريع (الغرب): **2/ 266** و(العلمية): **2/ 284**.

(7) في (ز): (سلمه).

(8) قوله: (فإن باعه بإذن المرتهن ... الرهن) بنحوه في المفيد للحكام، لابن شهاب (بتحقيقنا): **1/ 287**.

قال بعض الفقهاء: وقيل[1]: ولو لم يسلمه لحلف -أيضًا- وأوقف الثمن إذا قال: إنما أديتُ له ليُحْيي الرهن[2].

[حكم من رهن نصيبه من دار، ثم أراد أن يستأجر نصيب صاحبه]

(وإذا كانت دار بين اثنين، فرَهَن أحدهما نصيبه من رجل، ثم أراد أن يستأجر نصيب صاحبه؛ لم يكن ذلك له[3]؛ لأنَّه يؤدي إلى بطلان[4] رهنه.

وإذا أراد الشريك أن يكري نصيبه من شريكه؛ قاسمه على الدار كلها[5]؛ ليحوز المرتهن رهنه بقسمته، وترتفع يد الراهن عنه[6]، ثم يؤاجر الشريك نصيبه من شريكه)[7].

اعلم أنه إذا كانت دار بين رجلين، فرهن أحدهما نصيبه من رجل، ثم أراد أن يستأجر نصيب الآخر؛ [ز: 765/ أ] لم يكن له ذلك؛ لأنَّه يؤدي إلى إبطال رهنه.

قال الأبهري -رحمة الله عليه-: لأنَّ نصيب الراهن وشريكه مشاعٌ في الدار ليس يتميَّز بعضه من بعض، فإذا اكترى الراهن حصة شريكه، فقد عاد الرهن إلى يده وصار غير مقبوض، وذلك غير جائز.

فإن اكترى نصيب شريكه وسكن[8] بطل حوز[9] الرهن إن لم يقم المرتهن

---

(1) كلمة (وقيل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) قوله: (قال بعض الفقهاء ... ليحيي الرهن) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 103.

(3) كلمتا (ذلك له) يقابلهما في (ز): (له ذلك) بتقديم وتأخير.

(4) في (م): (إبطال).

(5) كلمة (كلها) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) ما يقابل كلمة (عنه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 267 و(العلمية): 2/ 285.

(8) كلمة (وسكن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) كلمتا (بطل حوز) يقابلهما في (ز): (جواز) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

[البينة][1] بقبض حصة[2] الراهن من الدار ويقاسمه؛ لأنه لمَّا سَكَن نصف الدار وهي غير مقسومة؛ صار الراهن متصرفًا في جميعها؛ فلزم منه تصرفه فيما رهنه، فيصير المرتهن غير حائز، فيقاسمه ليحوز المرتهن نصيب الراهن[3] بقسمته وترتفع يد الراهن عنه[4].

قال مالك رضي الله عنه: ولا يمنع الشريك أن يكري نصيبه ممن شاء[5]، والله عز وجل أعلم.

---

(1) كلمة (البينة) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(2) في (ز): (الحصة).

(3) في (ز): (الرهن).

(4) قوله: (فإن اكترى نصيب ... الراهن عنه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 94.

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 297 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 48.

كتابُ العارية

(والعاريَّة على ضربين: مضمونة، وغير مضمونة.
فالمضمون منها: الأموال الباطنة؛ مثل: الثياب، والحلي، وسائر العروض.
وما لا يضمن منها؛ مثل[1]: الأموال الظاهرة مثل: الرباع، والحيوان)[2].

اعلم أن العارية تمليك منافع العين بغير[3] عوض، وهي جائزة مندوبٌ إليها؛ لأنها من المعروف، وقد أمر الله ﷻ بها، فقال: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ الآية [الحج: 77].

[م: 264/ ب] وقال ﷺ: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»[4].

واستعار رسول الله ﷺ من صفوان أدراعًا، فبعثَ إليه بمائة درع وأداتها[5].

واختُلِفَ في العارية هل هي مضمونة أم لا؟

فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنها مضمونة.

وذهب أبو حنيفة رضي الله عنه إلى أنها غير مضمونة.

وذهب مالك رضي الله عنه إلى التفرقة[6] بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، كما حكيناه عنه[7].

---

(1) كلمة (مثل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمتا (الرباع، والحيوان) يقابلهما في (م): (الحيوان والرباع) بتقديم وتأخير والتفريع (الغرب): 2/ 267 و268 و(العلمية): 2/ 285.

(3) كلمة (بغير) يقابلها في (م): (من غير).

(4) متفق على صحته، رواه البخاري: 8/ 11، في باب كل معروف صدقة، من كتاب الأدب، برقم (6021)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

ومسلم: 2/ 697، في باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، من كتاب الزكاة، برقم (1005) كلاهما عن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه.

(5) تقدم تخريجه في باب قيامُ البينةِ على تلف رهن باطن، من كتاب الرهن: 63/9.

(6) عبارة (وذهب مالك ... إلى التفرقة) يقابلها في (م): (وفرق مالك).

(7) كلمة (كما حكيناه عنه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

ودليلنا على سقوط الضمان في[1] الحيوان والرقيق[2] والرباع: ما رُوي أنه «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ»[3]، ولأنَّه حيوان أو عقار -يظهر هلاكهما- قبضهما؛ لاستيفاء منفعته، فلم يضمن ما تلف منها، كالعبد المستأجر والدار[4].

وقال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولأنَّ المستعير ليس متعدِّيًا بالقبض كالغاصب، فيلزمه ما تلف في يده من غير صنعه، ولا هو[5] مثل المستقرض الذي قبض ليرد بدلًا مما قبضه، وإنما قبض العارية لينتفع بها، ثم يرد عينها إن بقيت، وإن تلفت؛ فلا ضمان عليه إن لم يكن[6] تلفها بسببه[7].

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإن قيل: فقد قال رسول الله ﷺ: «**الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ**، [ز: 765/ ب] **وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[8].

قيل له: معنى قول النبي ﷺ: «**الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ**»، أي: ضمان الرَّد؛ لأن صفوان قال له: أغصبٌ أم عارية يا محمد؟ فقال له النبي ﷺ: «**بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ**»[9] أي:

---

(1) كلمتا (الضمان في) يقابلهما في (ز): (الضمان ولأنه في)، وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(2) كلمة (والرقيق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) ضعيف، رواه الدراقطني في سننه: 3/ 456، برقم (2961)، عن عبد الله بن عمرو رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أن رسول الله ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»، وقال الدراقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

(4) من قوله: (اعلم أن العارية: تمليك) إلى قوله: (كالعبد المستأجر والدار) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 185 و186.

(5) كلمة (هو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (ز): (يكثر).

(7) في (ز): (بسببه).

(8) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 296، في باب تضمين العور، من كتاب أبواب الإجارة، برقم (3565).
والترمذي: 3/ 557، في باب ما جاء في أن العارية مؤداة، من أبواب البيوع، برقم (1265)، بألفاظ متقاربة كلاهما عن أبي أمامة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(9) رواه أحمد في مسنده، برقم (15302).
والنسائي في سننه الكبرى: 5/ 332، في كتاب العارية والوديعة، برقم (5747).
والطبراني في الأوسط: 2/ 176، برقم (1633) جميعهم عن صفوان بن أمية رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

مردودة؛ لأنَّ[1] صفوان ظنَّ أن النبي ﷺ لا يرد عليه ما استعار منه.

والدليل على وجوب الضمان فيما يغاب عليه: قوله ﷺ: «**بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»، ولأنه قبضه لمنفعةِ نفسه، فلم يكن له حكم الأمانة المحضة، فإذا لم يعلم تلفه إلَّا من قوله؛ لزمه الضمان.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ المستعير ليس قبضه العارية على وجه الأمانة مفردًا؛ بل قبضه لمنفعة نفسه، فإذا علم هلاكها من غير سببه؛ لم يكن عليه شيء، فإذا لم يعلم ذلك؛ ضمن[2] قيمتها؛ لأنه غير مصدَّق على التلف، وإنما يصدَّق على تلف الشيء مَنْ قبض الشيء لمنفعة ربه؛ كالمودع[3].

وقال أشهب: إن العارية مضمونة على الإطلاق؛ كانت مما يغاب عليها[4] أم لا، قامت بينة على التلف أم لا حكاه ابن شعبان، واحتجَّ على ذلك بقوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»[5].

قال ابن رشد وب الضمان على ما لا يعرف في "مقدماته": ولمَّا تعارضت الأخبار وهو قوله ﷺ: «**لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ**»، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**» رأى مالك في مشهور قوله أنَّ حَمْل خبر إسقاط الضمان على عاريةٍ ما يُعرَف هلاكه إما ببينةٍ أو كونه مما لا يغاب عليه، وحمل أخبار وجف هلاكه مما يغاب عليه[6].

---

(1) ما يقابل كلمتا (مردودة؛ لأنَّ) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمتا (ذلك ضمن) يقابلهما في (ز): (ذلك إلَّا بقوله؛ ضمن) وما رجحناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(3) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [11/ أو11/ ب].

(4) في (م): (عليه).

(5) قول أشهب بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا) 3/ 362.

و الحديث ضعيف، رواه أبو داود: 3/ 296، في باب تضمين العور، من أبواب الإجارة، برقم (3561).

والترمذي: 3/ 558، في باب ما جاء في أن العارية مؤداة، من أبواب البيوع، برقم (1266) كلاهما عن سمرة بن جندب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(6) من قوله: (وقال أشهب: إن العارية) إلى قوله: (هلاكه مما يغاب عليه) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 471 و472.

(ومن استعار متاعًا يغاب عليه، فادَّعى تلفه؛ ضمنه، ولم يُقبل قوله في تلفه إلا ببينة.

فإن قامت له بينة على تلفه؛ ففيها[1] روايتان:

إحداهما أنه يسقط الضمان عنه[2].

والأخرى أنه لا يسقط عنه الضمان)[3].

اعلم أن من استعار شيئًا يغاب عليه فادَّعى تلفه؛ ضمنه إلَّا أن تقوم له بينة على تلفه، فيسقط عنه الضمان.

وقال أشهب: لا يسقط عنه الضمان.

فرأى ابن القاسم أن ضمانَه ضمان تُهمة، فإذا قامتِ البينة على تلفه؛ انتفتِ التهمة عنه، وسقط[4] عنه الضمان[5].

قال الأبهري: لأنَّ تلفه ثبت بغير قوله، وليس هو متعدِّيًا بالقبض فيلزمه ضمان ما تلف من غير فعله، كما يلزم ذلك الغاصب والمتعدي.

فإن لم تقم له بينة على التلف؛ لزمه ضمانها؛ لأنَّ المستعير [م: **265**/ أ] إنما قبض لمنفعة [ز: **766**/ أ] نفسه، فلم يصدق على تلفها.

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإن قيل[6]: ليس المضارب إذا ذكر أن المال تلف في يده؛ فالقول قوله مع يمينه وإن كان قبضه الشيء لمنفعة نفسه.

وكذلك المستأجر قبضه الشيء المستأجر[7] لمنفعة نفسه، ثم تلفه من ربه، والقول قوله في تلف ذلك مع يمينه، وكذلك يجب أن يكون المستعير والمرتهن!

---

(1) في (م): (ففيه).

(2) كلمتا (الضمان عنه) يقابلهما في (م): (عنه الضمان) بتقديم وتأخير.

(3) كلمة (الضمان) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

التفريع (الغرب): 2/ 268 و(العلمية): 2/ 285 و286.

(4) في (م): (فيسقط).

(5) قوله: (اعلم أن من استعار... الضمان) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 93**.

(6) كلمة (فإن قيل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمة (المستأجر) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

قيل له: لا يلزم ما ذكرت من قِبل أنَّ أكثر المنفعة في الرهن للمرتهن وكلها للمستعير، وأكثر المنفعة في الإجارة للمؤاجر[1]، وكذلك في المضاربة أكثرها لربِّ المال، وإذا كان كذلك؛ نظر إلى من هو أكثر منفعة في الأصل، فجعل التلف عليه، وكان الذي بيده الشيء[2] مصدَّقًا على التلف بدلالة أن المودع مصدَّق على تلف الشيء؛ إذ لا منفعة له في الوديعة.

وليس الغاصب مصدَّقًا على التلف بدلالة أن المودع مصدَّق على تلف الشيء[3]؛ إذ لا منفعة له في الوديعة وليس الغاصب مصدَّقًا على التلف[4]؛ لأنَّ قبضَه الشيء لمنفعة نفسه لا لربه.

وكذلك المستقرض إذا تلف الشيء في يده كان عليه بدلالة[5] قبضه القرض لمنفعة نفسه، ثم ينظر بعد ما ذكرنا إلى كثرة المنفعة لمن تكون؟ للقابض للشيء أم لربه[6]؟! فيكون إن كثرت لربه مصدَّقًا على التلف؛ أعني: الذي ذلك في يده، وإن كانت له دون ربه؛ لم[7] يكن مصدَّقًا على التلف؛ إلَّا أن يعلم تلفه ببينة، فلا يكون عليه ضمان[8].

واحتجَّ أشهب بقول النبي ﷺ في حديث صفوان: «**بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»، وبقوله عليه السلام: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»، ولأنَّ أصله مأخوذٌ على الضمان لا على الأمانة، فلم ينتقل عن أصله حَسْمًا للباب[9].

---

(1) في (ز) و(م): (للآجر) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(2) كلمتا (بيده الشيء) يقابلهما في (م): (الشيء بيده) بتقديم وتأخير.

(3) في (ز) و(م): (الثياب) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(4) جملة (بدلالة أن المودع... على التلف) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل كلمة (بدلالة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (للقابض للشيء أم لربه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (دون ربه؛ لم) غير قطعي القراءة في (م).

(8) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [13/ ب و14/ أ].

(9) قوله: (واحتجَّ أشهب بقول النبي... عن أصله حسمًا للباب) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 472.

[الإعارة المطلقة وإلى مدة]

(ومن أعار شيئًا إلى مدةٍ؛ فليس له أخذه من المستعير قبل مضي المدة.
ومن أعار عاريةً مطلقة؛ فليس له أخذها من المستعير حتى ينتفع بها انتفاع مثله)[1].

اعلم أن من أعار شيئًا إلى مدة، مثل أن يقول: أعيرك هذه الدار لتسكنها شهرًا، أو هذا العبد يخدمك شهرًا، أو هذه الدابة لتركبها شهرًا أو سنة؛ لزمه ذلك، وليس له أخذه[2] من المستعير قبل مُضِيِّ المدة[3].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنه قد ألزم نفسه فعل خير ومعروف، وأوجبه في ماله[4] لغيره، فليس له أن يرجع فيه، كما لو أوجب شيئًا على نفسه من ماله هَدْيًا أو أضحية، أو على وجه النذر؛ لم يكن[5] له أن يرجع فيه، وقد رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»[6]، وليس يجوز الرجوع في الصدقة[7].

قال القاضي: ولأنَّ المدة قد صارت حقًّا للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع في الهبة[8].

وكذلك إذا لم يضرب أجلًا، وكان له قدر معلوم؛ مثل أن يقول: أعيرك هذه [ز: 766/ ب] الدابة لتبلغ عليها بلدًا سمَّاه، أو لتحمل عليها حملًا، أو هذا العبد ليبني لك بيتًا، أو ليخيط[9] لك ثوبًا؛ فهو كالأول.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 268 و(العلمية): 2/ 286.

(2) ما يقابل عبارة (وليس له أخذه) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (اعلم أن من أعار ... المدة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 186.

(4) ما يقابل كلمتا (في ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (النذر؛ لم يكن) غير قطعي القراءة في (م).

(6) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: 457/7.

(7) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [11/ ب].

(8) جملة (قال القاضي: ولأنَّ المدة ... الرجوع في الهبة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 186.

(9) كلمتا (أو ليخيط) يقابلهما في (ز): (وليخيط).

واختُلِفَ إذا لم يضرب أجلًا ولم يعلم مدة انقضاء ما يعار له، فقال: أعيرك هذه[1] الأرض، أو هذه الدابة، أو هذه الدار[2]، أو هذا العبد، ولم يزد على ذلك، فقيل: المعير بالخيار في تسليم[3] ذلك أو إمساكه، وإن سلمه؛ كان له أن يسترده وإن قرب؛ لأنَّ العقد لا غاية له، فلم يكن لازمًا له[4].

أصله: إذا قال: (أكريتك هذه الدار مشاهرةً أو مساناة) فله أن يخرجه متى شاء، وكذلك هذا.

وقيل: ذلك لازم للمعير حتى يستوفي المعار القدر[5] الذي يُرى أنه أعير إلى مثله[6].

لأنه لمَّا[7] أعاره فقد ملَّكه المنافع[8]، وذلك دليلٌ على رضاه بأنه ينتفع بها انتفاع مثله، والعُرْف شاهد على مقدارها، فلا سبيل له إلى الرجوع فيها.

[إعارة أرض لبناء بيت] [م: 265/ ب]

(ومن أعار[9] رجلًا أرضًا يبني فيها بناءً؛ لينتفع به إلى مدةٍ معلومةٍ، فبنى فيها، وانتفع بالبناء المدة التي استعارها؛ فربُّ الأرض بالخيار بين أن يأمر المستعير بنقض بنائه، وبين أن يعطيه قيمته منقوضًا ويأخذه.

فإن أذِنَ له أن يبني له في الأرض، ولم يضرب للانتفاع بالبناء أجلًا؛ كان عليه أن يُمَكِّن الباني من الانتفاع به مدة مثله، ثم يكون رب الأرض بالخيار على ما بيَّناه.

---

(1) في (ز): (هذا).

(2) عبارة (أو هذه الدار) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) ما يقابل كلمتا (في تسليم) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (ز): (المقدار).

(6) من قوله: (وكذلك إذا لم يضرب أجلًا) إلى قوله: (يُرى أنه أعير إلى مثله) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **11/ 6038**.

(7) كلمة (لما) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) ما يقابل كلمة (المنافع) مطموس في (م).

(9) ما يقابل كلمتا (ومن أعار) غير قطعي القراءة في (م).

وقد قيل: إنه إذا لم يضرب لذلك أجلًا؛ كان له أن يعطي الباني قيمة بنائه قائمًا ويخرجه من أرضه)[1].

اعلم أنَّ من أعار رجلًا أرضًا؛ ليبني فيها ما ينتفع[2] به مدةً، فلا تخلو تلك المدة: إمَّا أن تكون معلومة أو مجهولة، فإن كانت معلومة وبنى وانتفع[3] بالبناء المدة المعلومة؛ وجب عليه ردُّ الأرض إلى ربها؛ لأنَّه على ذلك دخل.

ولقوله عليه السلام: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[4]، ثم ربها بالخيار، إمَّا أن يأمر المستعير بنقض بنائه، وإمَّا أن يعطيه قيمته منقوضًا.

قال ابن المواز: بعد طرح أجرة القلع؛ إذ على ذلك دخل؛ لأنه دخل على تفريغ الأرض للمعير، وأجرة تفريغها إنما هي[5] عليه؛ إلَّا أن يكون مما لا قيمة له ولا نَفْع فيه إذا قلع؛ مثل الجص ونحوه، ولا شيء للباني فيه، وليس له إخراجه قبل الأجل، وإن أعطاه قيمة ذلك قائمًا؛ لأنَّ[6] المدة قد صارت حقًّا للمستعير؛ فليس للمعير الرجوع فيها كالهبة، ولأن ردَّ[7] ذلك معروف ألزمه[8] نفسه، فلم يكن له أن يرجع فيه[9].

وقد رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ**[ز: 767/ أ] **صَدَقَةٌ**»[10]، والصدقة لا رجوع له فيها.

واختُلِفَ إذا كانت المدة مجهولة، فقال ابن القاسم وأشهب: له أن يخرجه وإن كان

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 268 و269 و(العلمية): 2/ 286 و287.

(2) ما يقابل كلمتا (ما ينتفع) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (وانتفع) غير قطعي القراءة في (م).

(4) تقدم تخريجه في باب التحكيم لغير القاضي من كتاب الأقضية: 492/8.

(5) في (ز): (هو).

(6) ما يقابل كلمتا (قائمًا؛ لأنَّ) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمة (رد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) ما يقابل كلمة (ألزمه) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمتا (يرجع فيه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: 457/7.

بحدثان ذلك، ويعطيه قيمة بنائه قائمًا[1].

لأنه أعاره إلى غير أجل وهو فرط؛ إذ لم يضرب أجلًا، فله إخراجه[2]؛ إلَّا أنه لا سبيل إلى الإضرار به في هدمِ بنائه؛ إذ لم يتعد فيه؛ لأنه إنما بنى مستندًا إلى الإذن بأن على الانتفاع ببنائه انتفاع مثله، فعليه أن يعطيه قيمة بنائه قائمًا.

وروى الدمياطي عن أشهب أن له إخراجه متى شاء إذا كان له حاجة إلى عرصته، أو إلى بيعها، [سواء تقدَّم بينهما شر أم لا][3] وإن كان لغير حاجة، ولكن لشرٍ وقع بينهما[4]؛ فليس ذلك له.

وقال أصبغ: إذا لم يسكن فليس له إخراجه أصلًا، وإن أعطاه قيمة بنائه قائمًا إلَّا برضاه، وبه أخذ يحيى بن عمر[5].

وقال ابن القصَّار: إذا أعاره ليغرس أو يبني[6] لزمه ذلك بالقول والقبول، وليس له أن يرجع في ذلك، ويكون للمستعير مدة[7] ينتفع بها في مثل ما استعار له[8]؛ لأنه لما أعاره وأذن له أن يبني، فقد دخل على تمكينه من الانتفاع بالبناء المأذون فيه، والانتفاع به عرفًا[9]؛ فوجب أن يحملا عليه.

وروى الدمياطي عن ابن القاسم أنه قال: وإن لم يضرب أجلًا للانتفاع فبنى؛ فليس له

---

(1) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 165.

(2) قوله: (لأنه أعاره إلى غير ... فله إخراجه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 463.

(3) جملة (سواء تقدم بينهما شرٌ أم لا) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.

(4) كلمة (بينهما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) قوله: (وروى الدمياطي عن أشهب: أن له ... يحيى بن عمر) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 463.

و من قوله: (قال ابن المواز) إلى قوله: (وبه أخذ يحيى بن عمر) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 103 و104.

(6) عبارة (ليغرس أو يبني) يقابلها في (م): (ليبني أو يغرس) بتقديم وتأخير.

(7) ما يقابل كلمتا (للمستعير مدة) غير قطعي القراءة في (م).

(8) قوله: (وقال ابن القصَّار: إذا ... مثل ما استعار له) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 6039.

(9) في (م): (عرف).

إخراجه حتى يبلغ ما يعار إلى مثله من الأمد.

قال ابن يونس: وهذا صواب[1]؛ لأنَّ العرف كالشرط[2].

[الإعارة إلى مدة]

(ومن استعار شيئًا إلى مدة؛ فلا بأس أن يكريه من مثله في المدة، ولا بأس أن يعيره أيضًا من مثله)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ربها قد ملَّكَه منافع ذلك الشيء تلك المدة، فله أن ينقلها إلى غيره في خفته ومثله؛ كالمكتري يكتري الأرض ثم يريد [م: 266/ أ] أن يكريها أو يعيرها؛ فذلك له.

[تعدي المستعير]

(ومن استعار دابةً إلى مكان، فتعدَّى بها إلى مكان أبعد منه وسلمت في[4] تعديه؛ فعليه أجرة المثل من المكان الذي استعارها إليه إلى المكان الذي تعدَّى إليه.

وإن تلفت الدابة في تعديه؛ فربها بالخيار بين أن يُضَمِّنه قيمتها يوم تعدَّى بها، ولا كراء له، وبين أن يأخذ كرائها ولا قيمة له)[5].

اعلم أن من استعار دابةً ليركبها إلى مكان فتعدى بها إلى مكان أبعد منه، فلا تخلو الدابة من وجهين:

إمَّا أن تسلم أو تعطب، فإن سلمت؛ كان على المستعير أجرة المثل من المكان الذي استعارها إليه إلى المكان الذي تعدَّى إليه؛ لأنَّ ربها لم يأذن له[6] في ذلك، وإنما أذن له إلى

---

(1) كلمتا (وهذا صواب) يقابلهما في (ز): (وهو الصواب).

(2) من قوله: (وروى الدمياطي عن ابن القاسم) إلى قوله: (لأن العرف كالشرط) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 103.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 269 و(العلمية): 2/ 289.

(4) في (م): (من).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 269 و(العلمية): 2/ 289 و290.

(6) ما يقابل كلمتا (يأذن له) غير قطعي القراءة في (م).

مكان معلوم؛ فلذلك كان عليه كراء الزيادة، ولأنه لمَّا تعدى عليها -وإن سلمت- لم يحصل منه التعدي إلَّا على المنافع [ز: 767/ ب] خاصة، وأما الرقبة، فهي سالمة؛ إذ لم يوجد فيها إتلاف، فلم يلزمه ضمانها.

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: ومن استعار دابةً إلى موضع[1] فجاوزه؛ فله في مجاوزة الموضع[2] كراء الزيادة؛ إلَّا أن تتغير، وهذا إذا جاوزه بمثل[3] البريد أو البريدين أو اليوم[4].

وأما إذا كثرت الأيام؛ فربها مخيَّر بين أن يُضمِّنه قيمتها، ولا كراء له، وبين أن يأخذ كرائها، ولا قيمة له، وإنما خُيِّرَ ربها إذا كثرت الأيام؛ لأنه حبسها عن أسواقها وعن نفع ربها بها[5].

قال الباجي: ولأنه قد غصبه منافع الدابة دن رقبتها، ومن منافعها بيعها في أسواقها وقد فاته ذلك فيها؛ فعليه قيمتها[6].

وأما إن تلفت؛ فربها مخيرٌ بين أن يضمِّنه قيمتها يوم تعدَّى بها، ولا كراء له[7] -لأنَّ من ذلك الوقت ضمن، ولأنَّ في إيجاب القيمة عليه تمليكه للدابة، فلم يلزمه في ملكه كراء- وبين أن يأخذ كرائها ولا قيمة له.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما كان المتعدَّى عليه بالخيار؛ لأنَّه مظلومٌ، والمتعدِّي ظالم، وقال عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ الآية [الشورى: 42]، فجعل المجني عليه مخيرًا[8] على الجاني؛ لئلا يعود الجاني لمثل فِعْله، وليرتدع غيره بذلك، وكان ربُّ الدابة

---

(1) ما يقابل عبارة (دابةً إلى موضع) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (في مجاوزة الموضع) يقابلها في (ز): (كراء مجاوزته في الموضع) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) كلمتا (جاوزه بمثل) يقابلهما في (ز): (لم يتغير بمجاوزة مثل).

(4) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 117.

(5) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 357، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 78.

(6) المنتقى، للباجي: 7/ 287.

(7) قوله: (وأما إن تلفت ... كراء له) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 260.

(8) في (ز): (مجزي).

مخيرًا بين أخذ كراء الدابة من حيث تعدَّى وبين أخذ قيمتها[1].

ولم يفرِّق ابن الجلَّاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ بين قليل الزيادة وكثيرها.

وقد اختُلِفَ في ذلك فقال مالك في "المدونة" في كتاب الغصب: ومن استعار دابةً ليُشَيِّع عليها رجلًا إلى ذي الحليفة فبلغها، ثم تنحى قريبًا[2]، فنزل ثم رجع فهلكت في رجوعها فقال[3]: فإن كان ما تنحى إليه مثل منازل الناس؛ لم يضمن، وإن جاوز منازلهم؛ ضمن[4].

قال ابن المواز: وقد قيل[5]: إنه ضامن وإن[6] زاد خطوة[7].

وهذا موافقٌ لإطلاق ابن الجلَّاب.

ووجهه ظاهر وذلك أنَّ القدر[8] الذي زاد تعدٍ محض لم يأذن ربُّ الدابة فيه؛ فوجب لذلك تضمينه.

أصله: الغاصبُ فإنه مَهْما أحدث في الدابة من قليلٍ أو كثير معتادًا أو غير معتاد، فإنه ضامن.

ووجه القول الأول هو أنه إذا فعل ما جرت العادة به[9] من أن الناس يفعلونه، فكأنه مأذونٌ فيه؛ لأن ربَّ الدابة أعارَه إياها ولا بدَّ للمستعير من ذلك، فكأنه رضي به.

وقال ابن الماجشون وأصبغ: إذا كانت الزيادة مما لا خيار لربها فيها إذا سلمت، ثم رجع بها سالمة إلى الموضع الذي استعارها إليه، فماتت أو ماتت في الطريق؛ فليس لربها [م:

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [12/ أ].

(2) في (ز): (قليلًا).

(3) كلمة (فقال) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 360 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 79.

(5) كلمتا (وقد قيل) يقابلهما في (م): (وقيل).

(6) في (م): (ولو).

(7) قوله: (قال ابن المواز: وقد قيل: إنه ضامن وإن زاد خطوة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 118.

(8) ما يقابل كلمتا (أنَّ القدر) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (به) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

267/ ب] إلا كراء الزيادة، كردِّه لما تسلف[1] من الوديعة، [ز: 768/ أ] وإن[2] كانت الزيادة كثيرةً[3]؛ فلربها[4] تضمينه فيها، وإن رجعت بحالها؛ فهو ضامن.

قال ابن يونس: وإنما يصحُّ هذا إذا كانت الزيادة يسيرةً مما يعلم أن تلك الزيادة لم تُعِنْ على هلاكها، فيكون هلاكها بعد ردِّها إلى الموضع المأذون فيه بأمر من الله لا صُنع للمتعدي فيه، ويكون حينئذٍ هلاك[5] ما تسلف من الوديعة بعد رده [لا محالة][6].

وإن كانت الزيادة كثيرة مما يعلم أنها أعانت على هلاكها؛ كاليوم واليومين، وإن كان لا يضمن في ذلك لو ردها بحالها؛ فإنه يضمن ههنا؛ لأن تلك الزيادة أعانت على هلاكها، والله أعلم[7].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما كان المتعدَّى عليه بالخيار؛ لأنه مظلوم[8].

[في العبد يأبق والدابة تنفلت من المستعير]

(ومن استعار دابةً فانفلتت منه[9]، أو عبدًا فأبق منه؛ فلا ضمان عليه، وكذلك إذا ماتا؛ لم يضمنهما، والقول في ذلك قوله مع يمينه)[10].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك مما لا يغاب عليه ولا ينفلتان بأنفسهما؛ إلَّا أن يعلم أنه أتلفهما، فيضمن.

---

(1) في (ز): (سلف).

(2) في (م): (ولو).

(3) في (ز): (كبيرة).

(4) كلمة (فلربها) يقابلها في (ز) و(م): (مما لربها) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) في (ز): (كهلاك).

(6) كلمتا (لا محالة) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من جامع ابن يونس.

(7) من قوله: (وقال ابن الماجشون وأصبغ) إلى قوله: (أعانت على هلاكها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 410.

(8) جملة (قال الأبهري ... لأنه مظلوم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).
انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [13/ أ].

(9) كلمة (منه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 269 و(العلمية): 2/ 290.

قال الأبهري: ولأنَّ إباق العبد، وانفلات الدابة ليس هو مما يقدر المستعير على إظهاره في الناس؛ لأنه يحدث بغير علمه ومعرفته؛ فكان القول قوله مع يمينه على ما نذكر من ذلك؛ لأنَّا لا نعرف كذبه فيما يقول(1).

وأما موت العبد والدابة، فإن ادَّعى موتها في مدينة ولم يعلم بذلك جيرانه ولا غيرهم، أو كان في سفر في جماعة، ولم يعلم بذلك إلَّا من قوله؛ لم يصدَّق(2).

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنَّ موتَ العبد والدابة ليس يخفى عن الجيران، وليس ذلك شيئًا ينفرد به، ويقدر -أيضًا- على إظهاره وإعلام جيرانه بذلك، فمتى لم يفعل(3) [ذلك](4)، فقد قصَّر وفرَّط ولم يقبل قوله(5).

وإن ثبت ذلك، أو لم يعلم كذبه؛ صدق ولم يضمنها والقول في ذلك قوله مع يمينه.

تم كتابُ العارية، والله أعلم.

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [12/ أ و12/ ب].

(2) قوله: (وأما موت العبد... من قوله؛ لم يصدَّق) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 6027.

(3) كلمة (يفعل) يقابلهما في (ز): (يعلم بفعل).

(4) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من مخطوط شرح الأبهري.

(5) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [12/ ب].

كتاب الوديعة

(وليس على المودَع ضمانُ الوديعة، إلَّا أن يتعدَّى فيضمن بتعديه)[(1)].

[م: **266**/ ب] والأصل في الوديعة[(2)] قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ الآية [النساء: **58**]، وقوله: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ الآية [البقرة: **283**]، فأمر تعالى بردِّ الأمانات.

وقال ﷺ: «**أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»[(3)].

إذا ثبت هذا، فلا يُؤْتمن غير مأمون؛ لأنَّ في ذلك إضاعة المال.

وقد نهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال[(4)]، ولأنَّ عمل المسلمين جارٍ بها منذ عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا، وهي أمانة محضة[(5)].

وإنما قال: (ليس على المودع[(6)] عنده ضمان الوديعة)؛ لأنَّه[(7)] قبضها لمنفعة صاحبها خاصة، وهي [ز: **768**/ ب] أمانة محضة؛ بخلاف الرهن والعارية، فإنه[(8)] قبضها لمنفعة نفسه؛ فلذلك ضمِنَ قيمتها ولم يضمن الوديعة، وسواء كان متهمًا أو غير متهم؛ لأنَّ ربها قد

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 269 و270 و(العلمية): 2/ 290.

(2) في (ز): (ذلك).

(3) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 290، في باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده، من أبواب الإجارة، برقم (3535).

والترمذي: 3/ 556، في باب من أبواب البيوع، برقم (1264) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(4) يشير للحديث المتفق على صحته الذي رواه البخاري: 3/ 120، في باب ما ينهى عن إضاعة المال، من كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، برقم (2408).

ومسلم: 3/ 1341، في باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، والنهي عن منع وهات، وهو الامتناع من أداء حق لزمه، أو طلب ما لا يستحقه، من كتاب الأقضية، برقم (593) عن المغيرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ: عُقُوقَ الأُمَّهَاتِ، وَوَأْدَ البَنَاتِ، وَمَنَعَ وَهَاتِ، وَكَرِهَ لَكُمْ قِيلَ وَقَالَ، وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ، وَإِضَاعَةَ المَالِ» وهذا لفظ البخاري.

(5) قوله: (والأصل في ذلك ... وهي أمانة محضة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 5977.

(6) كلمتا (على المودع) يقابلهما ف (م): (للمودع).

(7) في (ز): (لأن).

(8) في (ز): (فإنما).

رضِيَ أمانته، فهو بالنسبة إليه أمين[1].

(ومَن استُودع وديعةً فادَّعى تلفها أو ردَّها على[2] ربها؛ فالقول قولُه مع يمينه؛ إلَّا أن يكون قبضها ببينة؛ فلا يقبل قوله في ردها على ربها[3] إلَّا ببينة.

فإن ادَّعى أنها تلفت؛ قُبِلَ قوله على كل حال قَبَضَها ببينة أو بغير بينة)[4].

اعلم أن من استودع وديعة، فادَّعى تلفها؛ فالقول قوله؛ سواء أخذها ببينة أو بغير بينة؛ لأنَّه لمَّا سلَّمها إليه فقد ائتمنه على عينها، فمَهْما ادَّعى أنه طرأ على عينها وذاتها؛ قُبِل قوله؛ لأنه رضِيَ أمانته، ووَكل حفظها إليه، ففي ضمان هذا تصديقه على تلفها، ولأنَّ الإشهاد لا يؤثر على الائتمان على التلف.

يدل على ذلك الائتمان في الرد، فلو لم يأتمنه على دعوى تلفها لمَا وكل أمرها إليه وخلى بينه وبينها.

واختُلِف في اليمين، فقيل: لا يمين عليه؛ لأنه أمين.

وقال مالكٌ في "المبسوط": يحلف متهمًا أو غير متهم، ويرى أن الناس قد استخفوا التهم وتغيَّرت أحوالهم، فجعل اليمين حماية؛ إلَّا أن يكون رجلًا مشهورًا بالصلاح والخير[5].

قال القاضي إسماعيل: فرَّق مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ بين الوديعة والقراض، وبين الشيء المستأجر وبين الرهان والعارية في دعوى الضياع، فجعل القول قول المودع والمقارض والمستأجر؛

---

(1) قوله: (وإنما قال: ليس على... بالنسبة إليه أمين) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 182.

(2) في (م): (إلى).

(3) جملة (فالقول قولُه مع ... ردها على ربها) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) عبارة (على كل حال قبضها ببينة أو بغير بينة) يقابلها في (م): (في تلفها).

التفريع (الغرب): 2/ 270 و(العلمية): 2/ 290 و291.

وهنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والذي يقدر بنحو نصف لوحة.

(5) قوله: (وقال مالكٌ في "المبسوط... مشهورًا بالصلاح والخير) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 6002.

لأن عظم[1] منفعة ذلك لربه، وجعل في العارية والرهن القول قول ربه؛ لأن منفعة ذلك للمرتهن والمستعير[2]، وأنَّ المودع ادَّعى أنه ردَّ الوديعة، فإن كان قبضه بغير بينة؛ كان القول قوله في الرد[3].

قال في كتاب ابن المواز: مع يمينه؛ لقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ الآية [البقرة: **283**]، فصَرَف ذلك إلى أمانتهم، فإن قبض ذلك ببينة؛ لم يقبل قوله في الرد إلَّا ببينة؛ لأنه ائتمنه بتوثق، فلا يخرج من ذلك إلَّا ببينة[4]؛ لأنه لمَّا أشهد عليه وتوثق به جعله أمينًا في الحفظ دون الرد، فإن ادَّعى ربها ردها، فقد ادَّعى براءته مما ليس بمؤتمن فيه، فلم يقبل قوله إلَّا ببينة، ولأن هذا فائدة الإشهاد عليه، فلو أزلناه لم يبقَ له فائدة[5].

وإنما فرَّق ابن الجلَّاب بين التلف والرد فيما إذا قبضه ببينة من جهة أن الردَّ يمكنه إقامة البينة عليه، والتلف لا يمكنه إقامة البينة عليه.

قال الأبهري: لأنه مؤتمنٌ على الوديعة، والقول قوله مع [ز: **769**/ أ] [يمينه][6] في التلف؛ لأنه لا يقدر على التحرز من ذلك، ولا صُنع له في تلفها، ولأنَّ قبضه الشيء لمنفعة ربه لا لمنفعته، فلا فائدة له في الوديعة، فكان تلفها من ربها، والقول قول المودع في ذلك[7].

ولأن ربَّ الوديعة في دعواه الذي يدعي يقينًا أنه كاذب، فيحلف كان متهمًا أو غير متهم، وفي الضياع لا علم له بحقيقة دعواه، وإنما هو معلومٌ من جهة المودع ولا يحلف؛ إلَّا أن يكون متهمًا.

---

(1) كلمتا (لأنَّ عظم) يقابلهما في (ز): (لا).

(2) قوله: (قال القاضي إسماعيل ... ذلك للمرتهن والمستعير) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 57**.

(3) قوله: (وأنَّ المودع ادَّعى... القول قوله في الرد) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **11/ 6002**.

(4) قوله: (قال في كتاب ابن المواز ... إلَّا ببينة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 66**.

(5) قوله: (لأنه لمَّا أشهد عليه ... له فائدة) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 624**.

(6) كلمة (يمينه) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من مخطوط شرح الأبهري.

(7) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [16/ أ].

قال ابن يونس: وهذا هو الصواب؛ ألا ترى أنه لا يصدَّق -في دعواه الرد إذا قبضه ببينة- إلَّا ببينة، فالرد من الضياع مفترق.

قال ابن عبد الحكم: فإن نكل المتهم عن اليمين؛ ضمِن ولا ترد اليمين ههنا، ومن أخذ الوديعة بمحضر قَوْمٍ ولم يقصد إشهادهم عليه؛ فهو كقبضه بغير بينة حتى يقصد الإشهاد عليه(1).

[فيمن أودع غيره وديعة، فأودعها غيره]

(ومن استُودِع وديعةً في الحضر، فعرض له سفرٌ؛ فلا بأس أن يودعها غيره ولا ضمان عليه.

فإن استودعها غيره من غير عذر؛ ضمنها.

وإذا خاف عورة منزله؛ فلا بأس أن يخرجها منه إلى غيره وأن يودعها من يثق به.

ومن حمل معه مالًا إلى بلد، فعرضت له إقامة [في أضعاف سفره](2)؛ فلا بأس أن يبعث به مع غيره، ولا ضمان عليه)(3).

اعلم أن من استودَع وديعةً، فقد حصل النظر فيها إليه، فإن أخرجها عن نظره إلى غيره؛ ضمِنَ لأنه متعدٍّ؛ إلَّا أن يريد سفرًا، أو يخاف عورة منزله، ولم يكن ربها حاضر؛ فليدفعها لغيره، ولا يعرضها للتلف، ثم لا يضمن إن ضاعت(4).

لأنه لا يمكنه حفظها بأكثر مما صنع(5).

---

(1) من قوله: (وفي الضياع لا علم له بحقيقة دعواه) إلى قوله: (حتى يقصد الإشهاد عليه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 66 و67.

(2) عبارة (في أضعاف سفره) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 270 و(العلمية): 2/ 291.

(4) قوله: (إلَّا أن يريد سفرًا، أو يخاف عورة ... إن ضاعت) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 250.

(5) قوله: (اعلم أن من استودع وديعةً ... مما صنع) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 59.

قال الأبهري: لأنَّ المودع عليه أن يفعل بالوديعة من الحفظ والحياطة مثل ما يفعل بماله.

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: وإن سافر فحمل الوديعة معه؛ ضمن[1].

ومَن أُودع الوديعة في الحضر، فأودعها عند حدوث سفره، ثم عاد من سفره، فإن كان سفره ليعود؛ كان عليه أخذه فإذا احتاج إلى سفر الحج أو غيره مما يجوز له؛ جاز أن يودِعَها غيره ممن يثق به كما يفعل ذلك في ماله، وليس عليه أكثر من ذلك، فإن تلفت؛ لم يكن عليه شيءٌ؛ لأنه فعل ما له أن يفعل كما لو تلفت عنده؛ لم يكن عليه شيء[2]ا؛ لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها، فلا يسقط عنه إلا القدر الذي سافره[3]، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد؛ كان له أن يأخذها، وليس ذلك بواجب عليه[4].

وأما قوله: (ومَن استُودع مالًا في السفر، فعرضت له إقامة في أضعاف سفره؛ فلا بأس أن يبعث بها[5] مع غيره ولا ضمان عليه) فلأن هذا قد أذن له في السفر بها إلى ذلك البلد، فلم يتعدَّ بدفعها إلى غيره مع الضرورة [ز: 769/ ب] بخلاف الحاضر، فإنه لم يؤذن له في السفر جملة، فافترقا[6].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأن الثقة تقوم مقام المدفوع إليه، وقد أذن له أن يسافر بها؛ فجاز أن يدفعها إلى ثقةٍ مثله يُسافر بها؛ لأن إقامة الأول عذر يجوِّز له دفع ذلك إلى غيره؛ ليدفعها إلى أهلها[7].

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 155، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 250.

(2) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [14/ ب].

(3) كلمة (سافره) يقابلها في (ز): (سافر له) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) قوله: (ومَن أُودع الوديعة ... بواجب عليه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 5983.

(5) في (ز): (به).

(6) قوله: (فلأن هذا قد ... جملة، فافترقا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 183.

(7) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [38/ ب].

[في الذي ينفق من الوديعة]

(ومن استُودِع وديعةً، فأنفق بعضها؛ ضمن ما أنفقه ولم يضمن باقيها، فإن ردَّ ما أنفقه إلى مكانه ثم تلف؛ سقط عنه ضمانه)(1).

اختُلِفَ فيمن استودع وديعةً فأنفق بعضها، هل يضمن منها بقدر ما أنفق أو يضمن الوديعة كلها؟

فقال ابن القاسم: لا يضمن منها إلَّا بقدر ما أنفق سواء كانت مختومة أو محلولة، مصرورةً أو لم تكن(2).

وقال ابن الماجشون: إذا استودعها مصرورة فحلَّها وتسلَّف منها؛ فقد ضمِنَها كلها إن تلفت، سواء كان تلفها بعد أن ردها فيها، أو قبل؛ لأنه متعدٍّ في حلها، ويضمنها حين تعدَّى بحل وثاقها(3).

فوجه قول ابن القاسم فلأنه إنما تعدَّى على بعض الوديعة، فلم يلزمه ضمان ما لم يتعد عليه، كما لو لم يتعد على شيءٍ منها(4).

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما قلنا: إنه لا ضمان عليه فيما بقي من الوديعة(5) [م: 268/ أ] إذا تلفت(6)، فلأنه غير متعدٍّ فيما بقي.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنه غير متعدٍّ بالتسلف منها؛ لأن تسلفها أحرزُ لها؛ لأنها تتعلق بذمته، وتركها(7) كذلك يخشى عليها التلف.

فإذا كان المودع موسرًا مأمونًا؛ كان تسلفها أنفع لها، فلم يكن متعديًا بالتسلف منها؛ فليس يلزمه ضمان ما بقي، وإنما يلزمه رد ما تسلف.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 271 و(العلمية): 2/ 292.

(2) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 433.

(3) قول ابن الماجشون بنحوه في الأحكام، لابن حبيب (بتحقيقنا)، ص: 154.

(4) قوله: (فوجه قول ابن القاسم ... منها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 183.

(5) ههنا انتهي السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والمقدر بنحو نصف لوحة.

(6) في (ز): (تلف).

(7) في (م): (وتركه).

وقد رُوي عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما أنهما تسلفا أموال أيتام في حجورهما[1].

ووجه قول عبد الملك فلأنها لما كانت مربوطةً، فقد تعدَّى بحلِّ رباطها، ومن تعدَّى على شيءٍ؛ كان ضامنًا لجميعه، فلا يخرجه من الضمان؛ إلَّا ردُّه إلى ربه[2].

واختُلِفَ إذا ردَّ الوديعة بعد أن أنفقها[3] هل يزول عنه الضمانُ أم لا؟

فروى ابن القاسم عن مالك أنه يزول عنه الضمان ولا شيء عليه بعد ذلك إن ضاعت، وهو مصدَّقٌ في ردِّ ما تسلف منها مع يمينه.

قال محمد بن يونس: لأنه مُنفقٌ لها على وجه التأويل واعتقاد ردها، فلم يخرجه ذلك عن الأمانة.

وقال مالك رحمه الله: لا يبرأ وإن ردَّها؛ لأنها[4] دَينٌ ثابت تعلق بذمته، وهذا قول المدنيين من أصحاب مالك[5].

وقال ابن المواز: إن كان تسلَّفها ببينة؛ فلا يُقبل قوله في الردِّ إلَّا ببينة، وإن كان تسلفها بغير بينة؛ فالقول قوله في الرد بغير بينة، ولا ضمان عليه[6].

وقيل: لا يبرأ وإن ردَّها ببينة؛ لأنه بتعدِّيه [ز: 770/ أ] لزمت ذمته، فردُّها[7] إلى موضعها لا يزيل عنه الضمان؛ لأنه غير أمين [في فعله][8]، وكما لو جحدها ثم اعترف[9] بها وادَّعى تلفها؛ لم يقبل قوله في[10] ذلك[11].

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [15/ أ و15/ ب].
والأثر ذكره المازري في شرح التلقين: 2/ 3/ 1131.

(2) قوله: (ووجه قول عبد الملك ...) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 183.

(3) في (ز): (تلفها).

(4) في (ز): (لأن).

(5) من قوله: (واختلف إذا ردَّ الوديعة) إلى قوله: (من أصحاب مالك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 63 و64.

(6) قوله: (وقال ابن المواز... ولا ضمان عليه) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 316.

(7) كلمة (فردها) يقابلها في (م): (فرده لها).

(8) الجار والمجرور (في فعله) ساقطان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من جامع ابن يونس.

(9) ما يقابل عبارة (وكما لو جحدها ثم اعترف) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمتا (قوله في) يقابلهما في (م): (منه).

(11) قوله: (وقيل: لا يبرأ... ذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 64.

فصل

هذا حكم الوديعة إذا كانت عينًا، وأجرى مالك ذوات الأمثال مجرى النقود، ومنع من ذلك في ذوات القيم، فقال: لا يبرأ برد المثل؛ لأنه إنما لزمته قيمته، وأما ذو القيمة فلا يبرأ وهي في ضمانه إن تلفت؛ لأنه أخرجها من ذمته قاصدًا براءتها فضمانها منه؛ لأنه لم يرتهن عليها.

قال اللخمي: وليس بالبين براءته فيما عدا النقود من ذوات الأمثال، وذلك أن الدنانير لا تختلف فيها الأغراض، وغيرها من ذوات الأمثال تختلف فيها الأغراض، وليس له أن يحكم لنفسه أنه مثل الأول؛ إلا أن تشهد بينة على صفة الأول، وعلى ردِّه، وأنه مثل الأول فقد يستخف مثل هذا[1].

[رفع المستودَع الوديعة عند أمين]

(ولا بأس أن يرفع المستودَع الوديعة عند زوجته وخادمه، وعند مَنْ[2] يرفع ماله عنده)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنه إذا دَفَعَه لمن شأنه أن يدفع له ماله، فكأن المودع على ذلك أودعه، فصار كالآذن له[4] في ذلك، فإن دفع إلى زوجته شيئًا فأنكرت أن يكون دفع إليها[5] شيئًا؛ حلف إن كان متهمًا، وإلَّا فلا يمين عليه، فجعله مُصَدَّقًا؛ بخلاف دعواه عورة المنزل[6]، والسفر.

والفرق بينهما هو أنه لمَّا كان الإيداع عند مثل هؤلاء لا بدَّ منه فقد دخل ربها عليه بخلاف

---

(1) من قوله: (فصل هذا حكم) إلى قوله: (يستخف مثل هذا) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

وانظر: التبصرة للخمي: 11/ 5993.

(2) كلمتا (وعند من) يقابلهما في (م): (ومن).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 271 و(العلمية): 2/ 292.

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (م): (لها).

(6) في (ز): (المنزلة).

السفر وعورة المنزل[1]، فإنهما ليس بأمرٍ غالب، فيقع الدخول عليهما، فافترقا.

ولو لم يكن من شأنه أن يدفع لزوجته أو أمته، فدفع إليهم؛ فإنه يضمن، وليس له اختبارهم بمال غيره[2].

[فيمن استودع إناءً فانكسر]

(ومن استُودع إناءً فسقط منه فانكسر؛ فلا ضمان عليه.
ولو سقط من يده شيءٌ عليه[3] فانكسر[4]؛ ضمنه)[5].

اعلم أن من استودع إناءً، فسقط منه فانكسر؛ فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذونٌ له في حَمْلِه، ففعل ما أذن له فيه[6] ولم يفرِّط، وإنما انكسر بأمرٍ من الله سبحانه، ولو سقط من يده شيء عليه[7] فكَسَره؛ ضمنه؛ لأنه لم [م: 268/ ب] يأذن له في ذلك، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

(وفي إنفاق الوديعة بغير إذن ربها روايتان:
إحداهما الكراهة.
والأخرى الإجازة إذا كان للمودَع أموال مأمونة وأنفقها ببينة)[8].

اختُلِفَ في الرجل يودع وديعة، هل له أن يتسلَّفها أم لا؟

فإن كانت الوديعة عروضًا أو مما يقضى فيه بالقيمة، أو مما يكال أو يوزن مما يكثر اختلافه ولا يتحصل مثاله؛ كالكتان؛ فليس له أن يتسلَّفها، وإن كانت دنانير أو دراهم اختُلِفَ

---

(1) عبارة (والسفر والفرق بينهما... المنزل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) قوله: (ولو لم يكن من... غيره) بنحوه في المختصر الفقهي، لابن عرفة: 7/ 200.

(3) كلمتا (شيءٌ عليه)يقابلهما في (ز): (عليه شيء) بتقديم وتأخير.

(4) في (م): (فكسره).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 271 و(العلمية): 2/ 292.

(6) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمتا (شيء عليه)يقابلهما في (ز): (عليه شيء) بتقديم وتأخير.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 271 و(العلمية): 2/ 293.

فيها على ثلاثة أقوال:

أحدها: المنع، وهو لمالك مرة[1].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ الوديعة مال غير المودع، فليس يجوز له أن يتصرف فيه بغير إذن ربه، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عن طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[2]، فليس ينبغي لأحدٍ أن ينتفع بملك أحدٍ إلَّا بإذنه، وهذا إذا كان ذلك يضر به.

فإن كان لا يضر به؛ جاز له[3] ذلك؛ لأن النبيَّ ﷺ قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[4]؛ فليس ينبغي لأحدٍ أن يمنع غيره أن ينتفع بشيء من ماله إذا لم[5] يضر به، ثم أجازها[6] إذا أشهد على تسلفها.

قال الأبهري: لأنَّ تسلفها أَحْرزُ لربها؛ لأنها تتعلَّق بذمة[7] المودع، فإذا كان موسرًا مأمونًا؛ كان تسلفها أنفع لربها، فلم يكن متعديًا بالسلف منها[8].

وقد رُوي عن عائشة وابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما تسلفا أموال أيتام في حجورهما[9].

قال: وقد أجازه [ز: **770**/ ب] بعض الناس، وكرهه في "العتبية".

قال اللخمي: ولا أرى لأحدٍ[10] أن يتسلف شيئًا من ذلك؛ لأن المعهود من الناس

---

(1) جملة (المنع، وهو لمالك مرة) يقابلها في (م): (فمنع ذلك مالك مرة)

و من قوله: (اختلف في الرجل يودع) إلى قوله: (وهو لمالك مرة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **11**/ **5990**.

(2) صحيح، رواه أحمد في مسنده، برقم (**20695**).

وأبو يعلى في مسنده: **3**/ **140**، برقم (**1570**).

والبيهقي في سننه الكبرى: **6**/ **166**، برقم (**11545**)جميعهم عن أبي حرة الرقاشي، عن عمه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(3) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: **414/5**.

(5) في (م): (لا).

(6) في (م): (أجازه).

(7) في (م): (بذمته).

(8) في (ز): (فيها).

(9) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**15**/ أ و**15**/ ب].

(10) ما يقابل عبارة (ولا أرى لأحدٍ) غير قطعي القراءة في (م).

أنهم لا يرضون ذلك.

ولا يحل التصرف في ملك إنسان بغير رضاه[1]، وهذا الخلاف إنما هو في الموسر، وأما المعسر؛ فلا يجوز له التصرف في شيءٍ[2] منها.

[فيمن اتجر في مال الوديعة]

(ومن استودع مالًا فاتجر فيه؛ ضمنه، والربح له دون ربِّ المال)[3].

اعلم أن من استودع مالًا فتجر فيه؛ فإن الربح له دون رب المال، وإن تلف المال؛ ضمنه[4].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنَّه متعدٍّ بالتجارة فعليه الضمان[5] إن تلف، والربح له بالضمان.

وليس كذلك المضارب والمبضع معه إذا اتجرا بالمال لأنفسهما؛ لأن ربَّ المال دَخَلَ في هذا على طلب الفضل والتجارة؛ فليس لهما أن يجعلا ذلك لهما دون رب المال، ولم يدخل المودع على طلب الفضل، وإنما أراد حفظ ماله؛ فله أصل المال دون الربح[6].

وإن أبضع معه بضاعة يشتري بها شيئًا فاتجر فيها المبضع فإن تلفت؛ ضمنها، وإن ربح؛ فالربح للمالك بخلاف الوديعة؛ لأنَّ المبضع طلب التنمي[7] والربح، فليس للمبضع قطعُه عنه ونقلُه إلى ملكِه، وإن تلف المال؛ ضمنه بتعديه.

والمودع إنما قَصَدَ الحفظ فقط لا الربح، فلم يكن له من الربح شيء، فافترقا[8].

---

(1) من قوله: (وكرهه في العتبية) إلى قوله: (إنسان بغير رضاه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 5990.

(2) عبارة (التصرف في شيءٍ) يقابلها في (م): (أن يتسلف شيئًا).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 271 و(العلمية): 2/ 293.

(4) جملة (اعلم أن من استودع ... المال؛ ضمنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمتا (فعليه الضمان) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(6) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [14/ ب].

(7) في (ز): (الثمن) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(8) جملة (وإن أبضع معه بضاعة... من الربح شيء، فافترقا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

وقوله: (وإن أبضع معه بضاعة يشتري ... الربح شيء، فافترقا) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 184.

ولو كانت الوديعة طعامًا أو سلعةً، فباعها بثمن، أو ابتاع بها جارية أو سلعة؛ فربُّ الوديعة مخيرٌ إن شاء[1] أغرمه[2] مثل طعامه، أو قيمة سلعته إن فات ذلك، وإن لم تفت؛ أخذه بعينه، وإن شاء أخذ ما أخذ[3] فيها من ثمنٍ أو سلعةٍ أو غيرها، فإن حملت الجارية؛ فلربِّ الوديعة أخذُها وقيمة ولدها، أو قيمتها فقط كالأمة المستحقة[4].

ولو كانت الوديعة دنانير أو دراهم فصرفها لنفسه؛ فليس لربها إلَّا ما كان له، وليس له أن يأخذ ما صرفها به إلَّا برضا المودع.

فإن صرفها لربها؛ فلا يحل لربها أخذ ما صرف؛ لأنه صرفٌ فيه[5] خيار، ولكن تباع هذه إن كانت دراهم بمثل دنانيره، فما كان من فضلٍ؛ فلربها، وما كان من نقص؛ ضمِنَه المتعدي[6].

[في المودَع يشتري بمال الوديعة أمة]

(ولو اشترى بالمال أمةً[7] فوطئها، فحملت؛ كانت له أم ولد، وضمن المال الذي اشتراها به، ولم يكن لربِّ المال على[8] الأمة سبيل)[9].

[م: 269/ أ] اعلم أن من أُودِع[10] مالًا فاشترى به جاريةً لنفسه ووطئها؛ فليس عليه إلَّا مثل المال، والربح له والخسارة عليه، فإن حملت منه وهو عديم؛ كانت له أم ولد واتبع

---

(1) في (ز): (أبقى)، وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) في (م): (غرمه).

(3) كلمتا (ما أخذ) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(4) في (ز): (المستخدمة).

(5) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) من قوله: (ولو كانت الوديعة طعامًا) إلى قوله: (نقص؛ ضمنه المتعدي) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 84.

(7) في (م): (أمته).

(8) في (ز): (إلى).

(9) التفريع (الغرب): 2/ 271 و(العلمية): 2/ 293.

(10) في (ز): (استودع).

بالمال الذي اشتراها به دينًا في ذمته.

قال الأبهري -رحمة الله عليه-: لأنَّ المودع لمَّا تعدَّى في المال الذي عنده، فاشترى به جارية، فقد تعلَّق المال بذمته، وصارت الجارية له.

فإذا حملت منه؛ صارت له أم ولد[1]؛ لأنَّ المودِع -أعني[2]: رب المال- لا يملك عينها، فيكون له أخذها، وله المال في ذمة المودع.

[وكذلك إذا تلف المال فهو في ذمته، ويكون المودع أسوة الغرماء؛ لأن ماله قد صار دينًا في ذمة المودع][3]، وليس المودع في هذا [ز: **771**/ أ] كالمقارض أو المبضع معه إذا اشترى بالمال جاريةً ثم وطئها فحملت؛ أنها تباع دون ولدها؛ لأنَّ المودع لم يُرِد في الوديعة طلب الفضل، وإنما أراد حفظها، فإذا ردَّ عليه مثلها؛ فقد وصل إلى غرضه، والمقارض والمبضع معه طلبا الفضل لما دفعا المال إلى المقارض والمبضع معه؛ فيكون لهما الخيار بين تضمين المتعدي المال الذي طلبا الفضل فيه -وهو قيمة الجارية حين الوطء- أو تضمين المال الذي أخذاه، وله بيع الجارية إن لم يكن للمتعدي مال؛ لأنَّ شراء الجارية إنما هو لربِّ المال.

وليس كذلك شراء المودع الجارية إن لم يكن له مال؛ لأنَّ شراء الجارية لنفسه لا لربِّ المال، [وليس كذلك شراء المودع الجارية لرب المال][4] فيكون له أخذها، فافترقا من هذا الوجه[5].

قال شيخنا: وهذا إذا كان المال المودَع دنانير[6] أو دراهم، أو نقدًا سواهما.

---

(1) كلمتا (له أم ولد) يقابلهما في (م): (أم ولد له) بتقديم وتأخير.

(2) كلمتا (المودع أعني) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(3) جملة (وكذلك إذا تلف المال فهو في ذمته ... ذمة المودع) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من مخطوط الأبهري.

(4) جملة (وليس كذلك شراء المودع الجارية لرب المال) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من مخطوط الأبهري.

(5) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**14**/ ب].

(6) ما يقابل عبارة (كان المال المودَع دنانير) غير قطعي القراءة في (م).

وأمَّا إذا كان طعامًا أو عروضًا، فاشترى به جاريةً؛ فربُّ الوديعة مخيَّر إن شاء أغرمه[1] مثل طعامه أو قيمة سلعته إن فات ذلك، وإن لم تفت؛ أخذه بعينه أو أخذ الجارية التي أخذ عوضًا عنه.

فإن حملت الجارية؛ فلرب الوديعة أخذُها وقيمة ولدها، أو قيمة ولدها فقط كالأمة المستحقَّة[2].

قال[3]: والفرق بينهما هو أنَّ العقود الواقعة بالدنانير أو الدراهم[4] إنما تصادف أيمانها الذمم لا أعيان الأثمان[5]، فالأمةُ المشتراةُ بالعين لم يكن عوضها نفس الوديعة، وإنما عوضها الدَّين الثابت في الذمَّة، والوديعة وقعت وفاءً له، فقد استقرَّ ملكه على الأمة قبل التعدي على الوديعة؛ فلا حقَّ لربِّ الوديعة فيها، والعقود الواقعة بالعروض لا تصادف الذمم، وإنما تصادف أعيان الأعواض؛ ولهذا يقع انتقاص البيع باستحقاقها، ولا يقع انتقاص البيع باستحقاق الثمن؛ لأنَّ[6] الدنانير، والدراهم لا تراد لأعيانها[7] بخلاف العروض.

فإذا ثبت هذا، فالعقد لم يصادف الذمة، وإنما صادف العرض الذي هو عين شيئه، وتمام البيع متوقف عليه، واستقرار ملكه عليها متوقفٌ على إجازةِ المودع بيع الوديعة، فالأمة ههنا عوض عن عين شيئه، فكان له حقٌّ فيها وهناك ليست[8] عوضًا عن عين شيئه؛ بل عوض عن الدَّين المترتب في الذمَّة، فافترقا.

---

(1) في (م): (غرمه).

(2) قوله: (وهذا إذا كان المال المودَع ...كالأمة المستحقَّة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 84.

(3) كلمة (قال) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمتا (أو الدراهم) يقابلهما في (ز): (والدراهم).

(5) في (ز): (الأيمان).

(6) عبارة (الأعواض ولهذا يقع ... الثمن؛ لأن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) في (ز): (لعينها).

(8) عبارة (عوض عن عين... وهناك ليست) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

[في فقدان ربِّ الوديعة]

(ومن استُودع وديعة ثم فقد ربها، فلم يعرف له خبرًا[1]؛ انتَظَر بها[2] أقصى ما يحيا إلى مثله، ثم دفعها إلى ورثته، فإن لم يكن له وارث؛ تصدَّق بها عنه)[3].

اعلم أن من استودع وديعةً ثم فُقِدَ ربها وانقطع خبره، ولم يعلم أحيٌّ هو أو ميت[4]؛ فإن المودَع ينتظر بها أقصى ما يحيا المودِع[5] إلى مثله، ثم يدفعها إلى ورثته، فإن لم يكن له وارث، [م: **269**/ ب] ولم يعلم له وارث؛ تصدَّق بها عنه.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللهُ: ولأنها مالٌ لا يُعرف له مستحق؛ فحكمه أن يفرق في الفقراء أو في مصالح المسلمين، كما نفعل ذلك في الأموال [ز: **771**/ ب] التي لا أرباب لها، كالحبس[6] والصدقات، وأشباه ذلك.

قال ابن يونس -رحمة الله عليه-: ثم إن جاء صاحبها؛ ضمَّنها له[7].



(1) كلمتا (له خبرًا) يقابلهما في (ز): (خبره).

(2) كلمتا (انتظر بها) يقابلهما في (م): (انتظره إلى).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 271** و(العلمية): **2/ 295**.

(4) كلمتا (أو ميت) يقابلهما في (ز): (أم لا).

(5) كلمة (المودع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (م): (كالأحباس).

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 87**.

كتابُ اللقطة

(ومن التقط لقطةً ذات بال؛ عرَّفها سنةً، فإن جاء صاحبها[1] فعَرفَها بعلاماتها؛ دفعها إليه.

وإن مضت السنة[2] ولم يأت لها طالب؛ فهو بالخيار إن شاء أنفقها أو تصدَّق بها وضمنها، وإن شاء حبسها حتى يأتي ربها، فإن تلفت في يده[3]؛ فلا ضمان عليه)[4].

والأصل في اللقطة ما رَوى زيد بن خالد[5] الجهني أنه قال: سأل رجلٌ رسولَ الله ﷺ عن اللقطة، فقال: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا**[6]**، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا**»، قال: فَضَالَّةُ الغَنَمِ؟ قال: «**هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**».

قال: فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ قال: «**مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا، وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ، حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا**»[7].

وقد اختَلَفَت الألفاظ في هذا الحديث، ففي بعض طرقه: «**عَرِّفْهَا سَنَةً، ثُمَّ اعْرِفْ**

---

(1) في (م): (طالبها).

(2) في (ز): (سنة).

(3) في (م): (يديه).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 272 و(العلمية): 2/ 295.

(5) ما يقابل عبارة (زيد بن خالد) غير قطعي القراءة في (م).

(6) عياض: العفاص: الوعاء الذي فيه الشيء الملتقط.

والوكاء - ممدود - الخيط أو الشيء الذي يشد به، وقد قاله بعضهم بالعكس، وهو وهم، والأول الصواب عند أهل اللغة، وهي عبارة عن كل شيء له وعاء وشيء يشد به، فإن لم يكن فما يقوم ذلك من معرفة صفته الخاصة به.اهـ.من التنبيهات المستنبطة: 5/ 2669.

(7) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 4/ 1095، في باب القضاء في اللقطة، من كتاب الأقضية، برقم (606).

والبخاري: 3/ 124، في باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، من كتاب اللقطة، برقم (2429).

ومسلم: 3/ 1346، في كتاب اللقطة، برقم (1722)، جميعهم عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا، ثُمَّ اسْتَنْفِقْ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا، فَأَدِّهَا إِلَيْهِ»[1]، وفي بعض طرقه[2]: «خُذْهَا فَاسْتَنْفِقْهَا، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ»[3]، وهذه الألفاظ مترددة بين البخاري ومسلم.

إذا ثبت هذا، فَمَنْ وجد لقطةً ذات بال؛ عرَّفَها سنةً، فإن جاء صاحبها، فعرفها بعلاماتها[4]؛ دفعها إليه، وذلك إذا عرف العفاص والوكاء والعدد فيلزم ملتقطها أن يدفعها إليه، ويجبره السلطان على ذلك[5].

وفي أمرِ النبي ﷺ الملتقط بمعرفة العفاص والوكاء دليلٌ على أن ربها إذا وَصَفَ له[6] ذلك؛ قضي له بها، وإلَّا فلماذا أمره بذلك[7]؟!

قال ابن شعبان: إذا عرف العفاص والوكاء والعدد والسكَّة؛ [يريد][8]: إن كانت دنانير، وإن كانت دراهم؛ فالسكَّة والوزن.

وقال أشهب: إن عرف[9] العفاص والوكاء دون العدد[10]، أو العفاص والعدد ولم يعرف الوكاء، أو عرف الوكاء ولم يعرف ما سواه؛ أجزأه ويحلف، وإن نكل؛ لم تُدفَع إليه.

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 126، في باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه، لأنها وديعة عنده، من كتاب اللقطة، برقم (2436).

ومسلم: 3/ 1348، في كتاب اللقطة، برقم (1722) كلاهما عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(2) في (ز): (طرقها).

(3) رواه مسلم: 3/ 1349، في كتاب اللقطة، برقم (1722)، عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال: «اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَأَدِّهَا إِلَيْهِ».

(4) في (م): (بعلامتها).

(5) قوله: (فمن وجد لقطةً... السلطان على ذلك) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 174 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 268.

(6) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) قوله: (وفي أمر النبي ... أمره بذلك) بنصِّه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 374.

(8) كلمة (يريد) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من تبصرة اللخمي.

(9) كلمتا (إن عرف) يقابلهما في (ز): (أعرف)، وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(10) ما يقابل كلمتا (دون العدد) غير قطعي القراءة في (م).

ولو وصف الباطن وهو السكة والعدد؛ دُفعت إليه، ويحمل على[1] أنه نسي ما سوى[2] ذلك؛ لأن الباطن لا يعرفه إلَّا المالك.

ولو أخطأ في وصفها[3]، ثم وصفها مرةً أخرى فأصابها[4]؛ لم تدفع إليه؛ لأن ذلك تخمين[5].

قال أبو محمد: ورأيتُ لبعض أصحابنا البغداديين [من][6] رواية [عون][7] أنه لا يأخذها إلَّا أن يعرف العفاص والوكاء[8].

والعفاص: الرباط، والوكاء: ما فيه اللقطة من خرقة أو غيرها، وقيل بعكس ذلك[9].

ولو وصف العفاص والوكاء والعدد؛ لم يأخذها إلَّا باليمين أنها له، وإن نكل؛ لم يأخذها وإن عاد إلى أن يحلف[10].

وقال أبو حنيفة والشافعي: [ز: 772/ أ] لا تُدفع إليه، إلَّا أن يقيم بينةً أنها له[11].

ودليلنا: قوله ﷺ: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، فَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا**[م:270/ أ]؛ **فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ**»[12].

وهذا نصٌّ[13].

---

(1) كلمة (على) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (عدا).

(3) في (م): (صفتها).

(4) كلمة (فأصابها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) من قوله: (قال ابن شعبان: إذا) إلى قوله: (لأن ذلك تخمين) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6/ 3197 و3198**.

(6) كلمة (من) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(7) كلمة (عون) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(8) قوله: (قال أبو محمد: ورأيتُ ... العفاص والوكاء) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 250**.

(9) قوله: (والعفاص: الرباط... وقيل بعكس ذلك) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: **2/ 209**.

(10) قوله: (ولو وصف العفاص ... أن يحلف) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 470**.

(11) انظر: الأم، للشافعي: **4/ 69** والهداية في شرح بداية المبتدي، للمرغيناني: **2/ 419**.

(12) صحيح، رواه أبو داود: **2/ 135**، في باب التعريف باللقطة، من كتاب اللقطة، برقم **(1707)**.
وأحمد في مسنده، برقم **(17037)**، كلاهما بألفاظ متقاربة عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(13) قوله: (وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تُدفع ... وهذا نصٌّ) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 224**.

قال الأبهري[1]: فلمَّا أمره[2] النبيُّ ﷺ بدفعِها إلى طالبها[3] إذا عرف عفاصها[4] ووكاءها؛ وجب على الملتقط دفعها إليه، وإن لم يكن للطالب بينة على ذلك.

فإن قيل: إن الطالب قد يجوز أن يكون غير الذي يعرفها[5]؛ فليس يجوز للملتقط أن يدفعها إليه بغير بينة!

قيل له: قد جعل النبيُّ ﷺ بينة الطالب ما يذكره من العفاص والوكاء، وأمر الملتقط بدفعِها إليه إذا ذكر ذلك، فالبينات تختلف على حسب أحوال المشهود عليه؛ ألا ترى أنه يجوز في موضع الضرورة ما لا يجوز في غير الضرورة؛ من ذلك شهادة النساء منفردات[6] تجوز فيما لا يطلع عليه الرجال؛ للضرورة إلى ذلك.

وكذلك جعل العفاص والوكاء بينة في دفع المال إلى الطالب؛ لأنَّ إقامةَ البينة على سقوط ماله تتعذر وتشق[7] عليه، ولو فعل ذلك؛ لأدَّى ذلك إلى ترك انتفاعه بماله؛ لأنَّه لا يقدر أن يحركه ويغير شده، ولو فعل ذلك؛ لاحتاج إلى أن يشهد عليه ثانية، وهذا قولٌ بيِّن الفساد؛ لأنه قد يؤدي إلى ترك انتفاع الناس بأموالهم.

فإن قيل: لو كانت العلة ما ذكرت من تعذُّرِ الإشهاد في حال سقوط المال؛ فإن ذلك يؤدي إلى ترك انتفاع الناس بأموالهم؛ لكان ذلك فيمن ادَّعى سرقة[8] في يد زيد أن قوله يُقْبَل إذا ذكر صفة ذلك من وعاءٍ[9] ووكاء وعدد؛ لتعذُّر الإشهاد على السارق في حال سرقته، فلمَّا لم تقبل العلامة في ذلك دون الشهادة، فكذلك اللقطة.

---

(1) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(2) في (ز): (أمر).

(3) في (ز): (صاحبها).

(4) في (ز): (عفاصًا).

(5) في (م): (يعترفها).

(6) في (ز): (مفترقات).

(7) ما يقابل عبارة (ماله تتعذر وتشق) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (لكان ذلك فيمن ادَّعى سرقة) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (م): (عفاص).

قيل له: لا يلزم ذلك من قِبَل أن المدعى عليه السرقة يُنكِرُ ذلك، ويدَّعي[1] الشيء لنفسه فهو خصم؛ فلا يعطى مدعي ذلك عليه إلَّا ببينة[2]؛ ألا ترى أن المدعى عليه السرقة يستحلف إذا أنكر ذلك.

وليس كذلك اللقطة؛ لأن الملتقط لا يدَّعيها[3] لنفسه، ولا لإنسان قائم بعينه غيره، ويجوز أن تكون لطالبها؛ فلا يلزم ما ذكرت على اعتلالنا.

ولو لم يدَّع الذي السرقة في يده لنفسه[4]؛ جاز أن يعطى طالب ذلك بالعلامة.

وقد قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في قطَّاع الطريق إذا أُخِذوا ووُجِدَ[5] في أيديهم مال، فادَّعاه قومٌ أن من دَفَعَ علامة ذلك من عددٍ، وعفاص أنه يُدْفع إليه بغير بينة، كاللقطة سواء[6].

وعلة ذلك ما ذكرناه أن الذي في يده الشيء لا يدَّعيه لنفسه، ولا لخصم [ز: 772/ ب] قائم بعينه؛ فجاز أن يدفع ذلك إلى الطالب الذي يدَّعيه بما يذكر من العلامة؛ لأنه يجوز أن يكون له[7].

ولأنَّ الضرورة تدعو إلى ذلك، وإلَّا لم يصل أحدٌ إلى ما ضاع له؛ إذ لا يمكنه الإشهاد على ذلك[8].

ولو ادَّعاها رجلان واتفقت صفاتهما؛ اقتسماها بعد أيمانهما، فإن نكل[9] أحدهما؛ كانت لمن حلف.

قال أشهب: فإن نكلا؛ لم يدفع إليهما شيء[10].

---

(1) في (ز): (ومدعي).

(2) في (ز): (بالبينة).

(3) عبارة (لأن الملتقط لا يدعيها) يقابلها في (ز): (لا يدعيها الملتقط).

(4) كلمة (لنفسه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (ز): (وَوَجدُوا).

(6) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 303، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 316.

(7) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [21/ أ و21/ ب].

(8) قوله: (ولأن الضرورة تدعو إلى ذلك ... على ذلك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 224.

(9) في (ز): (حلف).

(10) كلمة (شيء) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

واختُلِفَ إذا اختلفت صفاتهما، فوصف أحدهما الباطن -وذلك العدد والسكة- والآخر الظاهر -وهو العفاص والوكاء- فقيل: من وصف العفاص والوكاء أحق؛ للحديث.

وقيل: يقتسمانها[1].

قال اللخمي: وهو أبين؛ لأنَّ كِلَيْهما يريد أخذها بالدليل، ودليل من عرف الباطن أقوى، فهو إن لم يرجح به، فلا يكون أدنى منزلة[2].

واختُلِفَ [م: 270/ ب] ماذا يصنع بها بعد السنة؟

فقال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لا أحب له أن يأكلها، وليحبسها أو يتصدَّق بها، فإن حضر صاحبها دفعها إليه[3].

قال الأبهري: وإنما قلنا: إن له أن يتصدَّق بها[4] إن شاء؛ لأنَّ حفظه لها وتعاهدها[5] يشق عليه[6].

قال مالك رَحِمَهُ اللهُ: والتصدَّق بها أفضل، ويُخَيَّر صاحبها إذا قدم، وإن أحب أن يمسكها؛ أمسكها[7].

قال الأبهري: وإنما قال: (يتصدَّق بها أفضل)؛ لأنَّ الصدقةَ قد ينتفع بها الفقراء ويزول عنه تعاهدها، وقد تتلف؛ فلا ينتفع بها صاحبها ولا الفقراء، ثم[8] يُخَيَّر صاحبها إذا قدم بين

= وقوله: (ولو ادَّعاها رجلان ... لمن حلف) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 463 والمقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 482.

(1) في (م): (يقسمانها).

(2) قوله: (واختلف إذا اختلفت صفاتهما ... أدنى منزلة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3199.

(3) قول الإمام مالك بنحوه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 273.

(4) عبارة (فإن حضر صاحبها ... أن يتصدق بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (ز): (وتعاهده).

(6) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [16/ ب].

(7) قول الإمام مالك بنحوه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 273.

(8) في (ز): (ولم).

أن يكون له الثواب أو يغرمها له[1]، وقد رُوي ذلك عن عمر بن الخطاب[2].

وقال ابن القصَّار: يكره له أكلها غنيًا كان أو فقيرًا، فإن أكلها؛ جاز[3].

[يريد: ولا تنتزع منه إن لم يجئ صاحبها][4].

وقال ابن شعبان: له ذلك إن كان غنيًا[5] بمثلها.

وقال ابن وهب في "العتبية": إن كانت[6] قليلة وكان فقيرًا أكلها، وإن جاء صاحبها أدَّاها إليه[7].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لم يكن عليه بدل ذلك للفقراء؛ لأنه من جملة الفقراء، وإن كان غنيًا؛ تصدَّق بقيمته إن احتاج إلى الانتفاع به[8]؛ لأنه لا يجوز لغنيٍّ أن ينتفع بأموال المحتاجين، كما لا يجوز له أن ينتفع بالزكاة وكفارة اليمين[9].

فإن تلفت في يد الملتقط؛ فلا ضمان عليه؛ لأنها في يده[10] أمانة كالوديعة، ولأنه قبضها لمنفعة صاحبها خاصَّة، فكان تلفها من ربها كالوديعة[11].

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [17/ أ].

(2) رواه عبد الرزاق في مصنفه: 10/ 139، برقم (18630)، عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، موقوفًا: يُعَرِّفُهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَمَا يَتَصَدَّقُ بِهَا، خَيَّرْهُ، فَإِنِ اخْتَارَ الْأَجْرَ، كَانَ لَهُ، وَإِنِ اخْتَارَ الْمَالَ، كَانَ لَهُ مَالُهُ.

(3) عبارة (كان أو فقيرًا، فإن أكلها جاز) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) ما بين المعكوفتين ساقط من (ز) و(م) وقد أتينا به من تبصرة اللخمي.

(5) عبارة (وقال ابن شعبان: له ذلك إن كان غنيًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل كلمتا (إن كانت) غير قطعي القراءة في (م).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/ 373.

ومن قوله: (وقال ابن القصَّار: يكره) إلى قوله: (صاحبها أدَّاها إليه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3200.

(8) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [16/ ب].

(10) في (م): (يديه).

(11) قوله: (فإن تلفت في يد الملتقط ... ربها كالوديعة) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 681 والمعونة، لعبد الوهاب: 2/ 224 و225.

[أخذ اللقطة وتركها]

(ومن وجد لقطةً، فإن[1] كانت لمن يعرفه؛ فلا[2] بأس أن يأخذها.

وإن لم يعرف ربها[3]؛ فلا بأس أن يتركها.

وإن كانت ذات بال، فأَخْذُها أحبُّ إلينا من تركها)[4].

اختُلف فيمن وجد لقطةً هل يأخذها أم لا؟

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في "العتبية": لا أحبُّ أن يأخذها من وجدها [ز: 773/ أ] إلَّا أن يكون لها قدْرٌ[5].

قال الأبهري: لأنه إذا تركها أخذها مَنْ لعله غير ثقة عليها، وذلك يُكْرَه؛ لأنه يترك حفظها على صاحبها، وفي حفظها على صاحبها[6] فِعل خير ومعونة عليه[7]، وقد قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ الآية [المائدة: 2].

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: ومن وَجَدَ شيئًا، فكان لا يقوى عليه، فوجد من يثق به يعطيه له يعرفه؛ فليفعل[8].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما قال ذلك؛ لأنَّ حفظَ اللقطة وتعريفها شيء يجب على المسلمين جملةً ليس يختصُّ أحدهم[9] بذلك دون غيره، فعليهم التعاون على ذلك، فجاز للملتقط أن يدفعها إلى غيره إذا كان[10] ثقة مثله.

---

(1) كلمتا (لقطة فإن) يقابلهما في (ز): (لقطة ذات بال، فإن).

(2) ما يقابل عبارة (ومن وجد لقطةً، فإن كانت لمن يعرفه؛ فلا) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمتا (يعرف ربها) يقابلها في (ز): (يعرفها).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 272 و(العلمية): 2/ 296.

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/ 358.

(6) كلمتا (على صاحبها) يقابلها في (م): (عليه).

(7) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) قول الإمام مالك بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا) ص: 274.

(9) كلمة (أحدهم) يقابلها في (م): (أحد منهم).

(10) عبارة (غيره إذا كان) يقابلها في (م): (غير).

وليس كذلك الوديعةَ؛ لأنَّ الوديعةَ لا كلفة عليه[1] في كونِها عنده، فلا يحتاج إلى تعريفها، ويحتاج في اللقطة إلى تعريفها، فينقطع بذلك عن شغله، ولأنَّ اللقطة لم يخبر صاحبها أمانَتَه؛ فجاز له نقلها إلى غيره، والوديعة قد اختار صاحبها[2] أمانة المودَع ويده، فلم يجز نقل ذلك إلى غيره إلَّا من ضرورة سفرٍ أو غيره[3].

وقال ابن شعبان: ينبغي أن يتركَ اللقطة ولا يأخذها[4].

لأنَّ ابن عمر رضي الله عنه "كان يمر باللقطة فلا يأخذها"[5].

وقال مالك رحمه الله في موضعٍ آخر: إلَّا أن تكون لذي رحم.

قال ابن القاسم: وكان مالكٌ يستحب له أخذها[6].

يريد: إذا كانت لمن يعرفه[7].

[في لقطة الطعام وغيره مما يفسد بالترك]

(ومن وجد طعامًا أو غيره مما يفسد بتركه، ولا يبقى مثله؛ فلا بأس أن يتصدَّق به، أو يأكله إذا كان محتاجًا إليه، [ولا ينتظر به أجلًا][8] وإذا أكله؛ فعليه ضمانه)[9].

اعلم أن من التَقَط ما لا يبقى من الطعام كان الأَوْلَى أن يتصدَّق به كثُر أو قلَّ، ولم

---

(1) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (ربها).

(3) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [17/ ب و18/ أ].

(4) قول ابن شعبان لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه اللخمي في التبصرة (بتحقيقنا): **6/ 3194**.

(5) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: **4/ 417**، برقم (**21664**)، عن معتمر بن سليمان، عن أبيه، وفيه أَنَّ مُجَاهِدًا، وَابْنَ عُمَرَ كَانَا «يَطُوفَانِ بِالْبَيْتِ فَوَجَدَا حُقَّةً فِيهَا جَوْهَرٌ، فَلَمْ يَعْرِضَا لَهُ».

(6) قوله: (لأنَّ ابن عمر رضي الله عنه "كان يمر باللقطة ... له أخذها) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 467**.

(7) في (م): (يعرف).

و قوله: (وقال مالك رحمه الله في ... لمن يعرفه) بنحوه في المنتقى، للباجي: **8/ 54**.

(8) عبارة (ولا ينتظر به أجلًا) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(9) التفريع (الغرب): **2/ 272** و**273** و(العلمية): **2/ 296**.

وهنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والذي يقدر بنحو لوحة واحدة.

يوقِّت مالك في التعريف به [وقتًا][1].

قال الأبهري: وعندي أن عليه الضمان فيما أتلفه، وله قيمته[2] عند التلف.

وليس كذلك الماشية إذا وجدها في الفلاة؛ لأنَّه لا قيمة لها، والله أعلم[3].

قال مطرِّف: ومن التَقَطَ ما لا يبقى من الطعام في الحضر وحيث الناس؛ فالصدقة به أحبُّ إليَّ من أكله، فإن تصدَّق به؛ لم يضمنه لربه إن جاء؛ لأنه يؤول بإمساكه إلى الفساد، ولو أكله؛ ضمنه لصاحبه وإن كان تافهًا؛ لانتفاعه به.

وإن كان في السفر وحيث لا ناس[4]؛ فلا بأس بأكله ولا يضمنه لربه إذا كان مما [لا][5] يبقى ويصير؛ كالشاة في الفلاة، وأكله حينئذٍ أفضل من طرحه.

وأمَّا إن كان مما يبقى ويتزود؛ فإنه يضمنه أَكَلَه أو تصدَّق به[6].

وهذا استحسان وهو[7] كالشاة يجدها في الفلاة[8].

وذكر [ز: 773/ ب] ابن الجلَّاب رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يضمنه إذا أكل؛ لأنه انتفع بمال غيره؛ فوجب عليه ضمانه[9].

---

(1) ما يقابل كلمة (وقتًا) غير قطعي القراءة في (ز).

وقوله: (اعلم أن من التقط ... التعريف به وقتًا) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 175 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 268.

(2) في (ز): (قيمة).

(3) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [20/ أ].

(4) في (ز): (يؤمن) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) كلمة (لا) ساقطة من (ز) وقد أتينا بها من نوادر ابن أبي زيد.

(6) قول مطرِّف بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 469.

(7) عبارة (وهذا استحسان وهو) يقابلها في (ز): (فإن أكله أو تصدَّق به؛ لم يضمنه لربه) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(8) من قوله: (قال مطرِّف: ومن التقط) إلى قوله: (كالشاة يجدها في الفلاة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 252.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 272 و273 و(العلمية): 2/ 296.

[مكان تعريف اللقطة]

(ومن التقط لقطةً؛ فليُعرِّفها في المكان الذي وجدها فيه، [أو في أقرب المواضع من المكان الذي وجدها فيه][1]، ويذْكُرها لمن يقْرُب من موضعها)[2].

اعلم أن من التقط لقطةً؛ فإنه يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه، وفي أقرب المواضع إليه، وعلى أبواب المساجد، وحيث يظن أن صاحبها هناك أو خبره[3].

قال الأبهري -رحمة الله عليه-: لأن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه، وما قاربه من الأماكن[4].

ورَوى مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في موطئه عن عبد الله بن زيد الجهني أن أباه أخبره أنه ترك منزل قوم بطريق الشام، فوجد صرةً فيها ثمانون دينارًا، فذكرها لعمر بن الخطاب، فقال له عمر: "عرِّفها سنةً، واذكرها لكل من يأتي من الشام سنة، فإذا مضت سنة؛ فشأنك بها"[5].

قال القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما قلنا: (يعرفها في أقرب المواضع من المكان الذي وجدها فيه) فلأن الغرض بالتعريف أن يعرف صاحبها بموضعها؛ فيجب أن يكون ذلك بالموضع الذي يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها[6].

قال مالك -رحمة الله عليه-: وينبغي للذي يعرف اللقطة ألا يريها لأحدٍ ولا يسمِّيها بعينها، وليقل: من يعرف دنانير أو دراهم؛ لكي يعمِّي بذلك؛ لئلَّا يأتي مستحِلٌّ فيصفها بصفة

---

(1) جملة (أو في أقرب المواضع من المكان الذي وجدها فيه) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 273 و(العلمية): 2/ 296.

(3) قوله: (من التقط لقطةً؛ فإنه يعرفها ... أو خبره) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 173 و174.

(4) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [17/ ب].

(5) رواه مالك في موطئه: 4/ 1097، في باب القضاء في اللقطة، من كتاب اللقطة، برقم (2803).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 319، برقم (12090) كلاهما موقوفًا على عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(6) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 223.

المعرِّف، فيأخذها وليست له، وليعرفها بين اليومين والثلاثة، وكلما يفرغ، ولا يجب عليه أن يدع صنعته ويعرفها.

وسئل مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ أتُعرَّف اللقطة في المساجد؟

قال: ما أحب رفع الصوت في المسجد، وإنما أَمَرَ عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن تُعَرَّف على أبواب المساجد[1].

قال الأبهري: لأن النبيَّ ﷺ سمِعَ رجلًا ينشد لقطةً في المسجد، فقال: «**لَا وَجَدْتَ**»[2]، ولأنَّ المساجد إنما جعلت لذكر الله تعالى والصلاة لا لغيرها؛ ولهذه العلة كره فيها البيع والشراء، وعمل الصنائع.

فأمَّا إذا ذَكَرها من غيرِ رفع صوتٍ؛ فلا بأس، كما يجوز أن يتحدَّث في المسجد، وإنما كُره رفع الصوت؛ لأنَّ ذلك يؤذي؛ ألا ترى أنه كُره الجهر بالقراءة؛ لأنَّ ذلك يؤذي الناس[3].

ضمان اللقطة

(ومن وجد لقطةً ثم ردها إلى مكانها؛ فلا شيء عليه؛ إلَّا أن يكون أخذها بنيةِ حِفظِها؛ فلا يكون له ردُّها.

[فإن ردَّها][4] بعد نيَّة حفظها؛ ضمنها)[5].

اعلم أن [ز: **774**/ أ] من أَخَذَ لقطةً ثم ردَّها إلى مكانها، فلا يخلو ردُّه لها من وجهين:

---

(1) من قوله: (قال مالك -رحمة الله عليه-: وينبغي) إلى قوله: (تعرَّف على أبواب المساجد) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10**/ **470** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10**/ **247**.

(2) جزء من حديث رواه مسلم: **1**/ **397**، في باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم (**569**) عن بريدة الأسلمي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(3) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**18**/ أ].

(4) كلمتا (فإن ردها) ساقطتان من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بهما من طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): **2**/ **273** و(العلمية): **2**/ **296**.

إما أن يكون ردَّها بالقرب أو بالبعد، فإن ردَّها في موضعها من ساعته؛ فلا شيء عليه، وإن ردها بالبعد؛ ضمِن[1].

وقال أشهب: لا يضمن ردها بالقرب أو بالبعد، ولا إشهاد عليه في ردِّها، وأكثر ما عليه أن يحلف لقد ردَّها[2].

وقال ابن الجلَّاب: (إن أخذها بنيَّة حفظها؛ فلا يكون له ردها، وإن ردها؛ ضمنها).

وقال ابن يونس: فوجه تفريقنا بين القُرب والبعد؛ فلأنه في البُعد يمكن أن يكون ربها رجع في طلبها، فلم يجدها، فيكون قد أتلفها عليه بأخذه لها، وفي القرب لم يتلف عليه شيئًا؛ فوجب ألَّا يضمن.

ووجه قول أشهب: فلأنه كالمودع وكما يصدَّق [في تلفها فكذلك يصدق][3] في ردها، وكردِّه لما أسلف منها[4].

قال الباجي: ولأنَّه لمَّا لم يأخذها على وجه الضمان، فإن أعادها إلى موضعها، ثم تلفت فيه؛ فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أولًا فتتلف فيه؛ فلا ضمان عليه[5].

ووجه ما قاله ابن الجلَّاب: هو أنه لما أَخَذَهَا بنية حفظها، فقد تعلَّق حق الغير بها وهو مالكها، فيلزمه حفظها، فردُّها بعد أخذِها تعدٍّ وإضاعة لما قد لزمه حفظه، وذلك غير جائز، فإن أخذها لا على هذا الوجه ولم يتعين عليه حفظها، ولا لزمه إمساكها، فلم يتعدَّ بردها.

قال الباجي: ولأنه لمَّا قبضها ملتقطًا لها، فقد أزالها عن الغرر إلى حالة يُؤْمن عليها فيه، فإذا ردَّها إلى موضعها، فقد ردَّها إلى الغرر؛ فعليه ضمانها[6].

---

(1) قوله: (اعلم أن... وإن ردها بالبعد؛ ضمن) بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 376.

(2) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 473.

(3) عبارة (في تلفها فكذلك يصدق) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 254 و255.

(5) المنتقى، للباجي: 8/ 55.

(6) المنتقى، للباجي: 8/ 55.

[إنفاق اللقطة قبل السنة أو بعدها]

(وإذا التقَط العبدُ اللقطة فأنفقها قبل السنة؛ فهي جناية في رقبته، وإن أنفقها بعد السنة؛ فهي دَينٌ في ذمته)[1].

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنما كان تصرفه قبل السنة جناية في رقبته؛ لأنَّه لم يؤذَن له في التصرف فيها قبل السنة، وإذا كان كذلك فقد جنى وتعدَّى.

وجناية العبد على مالِ غيره جناية في رقبته يفتكُّه بها السيد إن شاء أو يسلمه.

وإنما جعلها بعد السنة دينًا في ذمته؛ لقوله ﷺ للسائل عن اللقطة: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً. فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا**»[2].

فقد أَذِنَ له بالتصرف فيها بعد السنة إن شاء الملتقط، ويغرمها لربها إذا جاء، فليس هو متعدٍّ بالتصرف فيها؛ للإذن الذي له في التصرف وكانت دَينًا عليه.

ودين العبد عند مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ذمته لا في رقبته؛ فلهذا فرَّق بين استهلاك العبد اللقطة قبل السنة وبعدها[3].

[ضالة الإبل والغنم]

(ومن وجد بعيرًا في الصحراء؛ فلا يأخذه [ز: 774/ ب] وليتركه، ومن وجد شاةً في الصحراء؛ فليضممها إلى غنمه إن كانت له غنم، أو إلى قرية إن كانت بالقرب منها.
فإن لم يجد ما يضمها إليه؛ فلا بأس بأكلها ويضمنها، وقد قيل: لا ضمان عليه إذا أكلها)[4].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال للسائل لمَّا سأله عن ضالَّة الإبل: «**مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا**» وسأله عن

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 273 و(العلمية): 2/ 297.

(2) تقدم تخريجه في أول كتاب اللقطة: 140/9.

(3) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [16/ ب].

(4) التفريع (الغرب): 2/ 273 و274 و(العلمية): 2/ 297.

الشاة، فقال: «**خُذْهَا، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**»[1].

إذا ثبت هذا، فمَنْ وجد ضالة الإبل في الفلاة ترَكَها، فإن أخذها؛ عرَّف بها[2] [م: **271**/ أ] سنة، وليس له أكلها أو بيعها، فإن لم يجدها ربها؛ فليخل سبيلها في الموضع الذي وجدها فيه[3].

قال الأبهري: لقوله ﷺ: «**مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا، وَحِذَاؤُهَا، دَعْهَا تَأْكُلُ الشَّجَرَ، وَتَرِدُ الْمَاءَ**»، ولأنَّه لا يخاف عليها كالخوف على الشاة والبقرة، فعلى من أَخَذَها تركُها حيث أخذها[4].

وإن وجد ضالة الغنم، فإن كان على بُعْدٍ من العمران هو وحده، أو مع من لا حاجة له في شرائها؛ كانت له، وإن نقلها إلى الحاضرة بعد أن ذبحها؛ كان له أكلها[5].

قال أصبغ: وله أكلها وإن كان[6] غنيًا، وليس عليه أن يغرمها إذا جاء صاحبها؛ لقوله ﷺ: «**هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**»[7].

قال الأبهري: وليس كذلك سائر الأموال؛ لأنها تبقى ولا يخاف عليها تلفها؛ إلَّا أن تكون[8] من الأشياء التي تفسد من المأكولات، فيكون حكمها حكم المواشي[9].

ووجه القول بضمانها هو أنَّ الأصل بقاء الأموال على[10] مِلْك أربابها، ويجب حفظها لهم، ولأنها مال للغير يسقط التعريف به؛ فوجب أن يغرمه إذا أكله كاللقطة بعد السَّنة؛ إلَّا أن

---

(1) تقدم تخريجه في أول كتاب اللقطة: **140/9**.

(2) ههنا انتهي السقط المشار إليه من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والمقدر بنحو لوحة نصف لوحة.

(3) قوله: (فمن وجد ضالة الإبل... الذي وجدها فيه) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): **6/ 176** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 269**.

(4) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**19**/ ب].

(5) قوله: (وإن وجد ضالة الغنم ... كان له أكلها) بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد: **3/ 377**.

(6) في (ز): (كانت).

(7) قول أصبغ بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 477**.

(8) ما يقابل عبارة (عليها تلفها، إلَّا أن تكون) غير قطعي القراءة في (م).

(9) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**20**/ أ].

(10) ما يقابل عبارة (هو أنَّ الأصل بقاء الأموال على) غير قطعي القراءة في (م).

يأتي صاحبها وهي في يده، فيكون أحق بها ويعطيه أجرة نقلها إلى الحاضرة.

قال الأبهري: وإنما قلنا: إنه يأكل الشاة والبقرة إذا وجدها في الصحراء، وحيث يخاف عليها أن تضيع إذا[1] تركها، فلأنه إن لم يأكلها تلفت، أو أكلها الذئب ولم ينتفع بها صاحبها، فكان أكل هذا[2] الواجد لها أَوْلَى من تلفها، أو أكل الذئب لها.

ولم يكلف سوقها في المدن والقرى؛ لمشقة ذلك عليه، فجاز له أخذها وأكلها لهذه العلة، ولا غرم عليه لصاحبها؛ لأنَّه لم يتلف عليه شيئًا له قيمة في حال أتلفه.

فإن قيل: كيف يجوز للإنسان أن يأكل مال غيره عن غير طيب نفسٍ منه، وقد قال عليه السلام: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عن طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[3].

قيل له: معنى هذا الخبر إذا كان مال[4] المسلم مما يقدر أن ينتفع به، ويصل[5] إليه، أو تكون له قيمة.

فأمَّا إذا كان [ز: 775/ أ] المسلم مما لا يقدر أن[6] ينتفع به، ولا يصل إليه ولا قيمة له؛ فليس يمنع أن ينتفع به غيره؛ إذ لا ضرر على ربه في ذلك، فقد وجد النبيُّ ﷺ تمرةً، فقال: «**لَوْلَا أَنِّي أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا**»[7].

فلم يمنع النبي ﷺ من أكلها أنها مال غيره؛ [لأن ذلك لا يؤثر عليه][8]، وإنما امتنع من

---

(1) عبارة (أن تضيع إذا) يقابلها في (م): (وتضيع إن).

(2) ما يقابل عبارة (فكان أكل هذا) غير قطعي القراءة في (م).

(3) تقدم تخريجه في باب فيمن استودع إناءً فانكسر، من كتاب الوديعة: 278/7.

(4) كلمة (مال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

كلمتا (كان مال) يقابلهما في (م): (كان في مال) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(5) ما يقابل كلمة (ويصل) غير قطعي القراءة في (ز).

(6) عبارة (المسلم مما لا يقدر أن) يقابلها في (م): (لا يصل إليه ولا).

(7) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 125، في باب إذا وجد تمرة في الطريق، من كتاب اللقطة، برقم (2431).

ومسلم: 2/ 752، في باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله وهم بنو هاشم وبنو المطلب دون غيرهم، من كتاب الزكاة، برقم (1071) كلاهما بألفاظ متقاربة كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(8) جملة (لأن ذلك لا يؤثر عليه) زيادة من مخطوط الأبهري.

أجل حقِّ الله ﷻ، وهو تحريم الصدقة عليه.

فإن قيل: كيف يجوز[1] للإنسان أكل شيء لا يملكه، ثم لا يكون عليه قيمة ذلك؟

قيل له: كما يجوز للإنسان أكل الطعام بأرض[2] العدو، وليس عليه رد قيمته في المغانم، ولو أراد حمله لغير الأكل؛ لم يجز[3].

ولو قدم بها حيَّة؛ عرفها، وكانت كاللقطة، وإن كان في رُفْقَة ووَجَد من يشتريها؛ باعها، وأوقف ثمنها لصاحبها، فإن أكلها؛ ضمنها.

قال مالك في "المبسوط": ويحبسها مع غنمه سنةً وله حلابها، ولا يطالب به، وإن ذبحها قبل السَّنَةِ اختيارًا ضمنها[4]، وإن خاف عليها؛ لم يضمن إلَّا أن يقدر على بيع لحمها[5].

قال الأبهري: وإذا كانت الشاة بقريةٍ أو بقربِ قرية؛ لم يأكلها ويضمها إلى القرية؛ لأنها في غير مَضْيَعة من الأرض، وغير موضع يخاف عليها التلف؛ فلا يجوز له أكلها؛ لأنَّ سوقها إلى القرية غير شاقٍّ عليه.

وليس كذلك ما كان في الصحراء، فلا يأكلها في القرية [م: **271**/ ب] حتى تمر بها سنة، ثم يكون مُخَيَّرًا على ما بينَّاه.

وحكم صوفها ولبنها مثله؛ لأنَّ ذلك كله ملك غيره، ويجوز أن يأكل من لبنها ونسلها بقدر قيامه عليها إذا كان محتاجًا، كما يجوز لإمام المسلمين وحاكمهم[6] أن يأكل من أموالهم بقدر حاجتهم إلى ذلك[7].

---

(1) ما يقابل كلمة (يجوز) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (بأرض) يقابلها في (م): (في أرض).

(3) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**18**/ ب و**19**/ أ].

(4) في (ز): (سنة).

(5) قوله: (ولو قدم بها حيَّة؛ عرفها ... بيع لحمها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6**/ **3207** و**3208**.

(6) عبارة (لإمام المسلمين وحاكمهم) يقابلها في (ز): (لحاكم المسلمين وإمامهم).

(7) كلمتا (إلى ذلك) يقابلهما في (ز): (إليه).

وكذلك قيِّم اليتيم إذا كان محتاجًا، وقد قال ﷻ: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ الآية [النساء: 6]، أي: من مال اليتيم[1].

وضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها؛ فهي كذلك، وإن كانت بموضع يؤمن عليها من السباع والذئاب؛ فهي كالإبل، والله أعلم[2]



(1) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [19/ أ].

(2) عبارة (فهي كذلك وإن ... كالإبل، والله أعلم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وقوله: (وضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها ... فهي كالإبل) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 269.

كتابُ الغصب

(ومن غصب عرضًا أو حيوانًا فتلف عنده؛ ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلفه، ولا [يراعى][1] أكثر القيمتين)[2].

اعلم أن أخذ أموال الناس بغير رضًا من أربابها محرمٌ بالكتاب والسُّنة[3] والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ الآية [النساء: **29**]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا إِنَّمَا يَأۡكُلُونَ فِي بُطُونِهِمۡ نَارٗاۖ وَسَيَصۡلَوۡنَ سَعِيرٗا﴾ الآية [النساء: **10**].

وأما السُّنة فقوله ﷺ: «**كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعِرْضُهُ**»[4]، وقوله ﷺ في حجة الوداع [ز: **775**/ ب]: «**فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا**»، خرجه البخاري[5].

وأما الإجماع؛ فلا خلاف بين الأمة في ذلك.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: فوجب بدليل الكتاب والسُّنة على الإنسان بدَلَ ما أتلف في مال غيره[6] عَمْدًا كان أو خطأ؛ لأنَّ حكم الإتلاف يستوي في العمد والخطأ في المال[7]؛ ألا ترى

---

(1) كلمة (يراعى) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): **2/ 274** و(العلمية): **2/ 298**.

(3) ما يقابل كلمة (والسنة) مطموس في (م).

(4) رواه مسلم: **4/ 1986**، في باب تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره ودمه، وعرضه، وماله، من كتاب البر والصلة والآداب، برقم (**2564**)، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(5) متفق على صحته، رواه البخاري: **2/ 176**، في باب الخطبة أيام منى، من كتاب الحج، برقم (**1739**) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

ومسلم: **3/ 1306**، في باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، برقم (**1679**) من حديث عبد الرحمن بن أبي بكرة، عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(6) عبارة (في مال غيره) يقابلها في (م): (من ماله).

(7) الجار والمجرور (في المال) ساقطان من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

أن ذلك يستوي في وجوب الجزاء على قاتل الصيد، فإذا كان الشيء المتلف مما لا مثل له كالحيوان والعروض؛ فعليه قيمته؛ لأنَّ ضبط مثله بالقيمة أخصر منه، وإذا كان مما يكال أو يوزن؛ فعليه مثله.

ولا خلاف في هذه الجملة بين فقهاء[1] الأمصار الذين يُرجع إليهم دون من شذَّ[2].

إذا ثبت هذا فمن أَخَذَ لرجلٍ مالًا؛ كان ضامنًا له[3]؛ إلَّا أن يردَّه إليه، وسواء كان ذلك المال ذهبًا أو ورقًا أو عروضًا أو حيوانًا، أو غير ذلك مما يتملَّك ويتموَّل، فإن تلف[4] عنده؛ ضمنه[5]، سواء كان تلفه بأمرٍ من الله ﷻ، أو بفعل منه، أو بجناية غيره.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنه متعدٍّ بغصبه؛ فعليه قيمته، ولا خلاف بين أهل العلم في ذلك.

واختلف في القيمة متى تكون؟

قال ابن القاسم: يوم الغصب.

وقال ابن يونس: وإنما كانت القيمة في الغصب والتعدي يوم الغصب ويوم التعدي، لا يوم الحكم؛ لأنَّ القيمة تتعلق بذمته بالتعدي لا بالحكم[6] إذا طالبه الحاكم؛ لأنَّ مطالبة الحاكم إنما هي بأمرٍ قد تقدَّم وجوبه، وإنما ينكشف بالحكم مقدار ما اشتغلت به ذمته[7].

وقال أشهب وعبد الملك: إن للغاصب أن يأخذه ويدفع[8] القيمة إذا هلك، قال: لأنَّ عليه أن يؤدي ما غصب في كل وقت، فمتى لم يرده؛ كان كمغتصبه[9] حينئذٍ[10].

---

(1) ما يقابل كلمة (فقهاء) غير قطعي القراءة في (م).

(2) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [24/ ب].

(3) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (تلفت).

(5) في (ز): (ضمن).

(6) كلمتا (لا بالحكم) يقابلهما في (ز): (لأنا نحكم) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) من قوله: (قال ابن القاسم: يوم الغصب) إلى قوله: (اشتغلت به ذمته) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 380، وما بعدها.

(8) في (م): (بأرفع).

(9) في (ز): (لمغتصبه).

(10) قوله: (وقال أشهب وعبد الملك ... كان لمغتصبه حينئذٍ) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5763.

واختَلَف فيها قول سحنون في "المجموعة"، فقال مرةً: القيمة يوم الغصب، وقال مرة: يوم القتل، قال: لأنَّ القتلَ فِعْلٌ حادث غير الأول[1].

[غصب المكيلات والموزونات] [م: 272/ أ]

(ومن غصب شيئًا من المكيلات، أو الموزونات، فتلف عنده؛ وجب عليه رد مثله، ولا تلزمه قيمته يوم غصبه، إلَّا ألَّا يجد مِثله؛ فليغرم[2] قيمته يوم غصبه)[3].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ الآية [البقرة: **194**].

إذا ثبت هذا، فمن غصب شيئًا فأتلفه، فإن كان مما يكال أو يوزن؛ فعليه مثله في كيله أو وزنه.

قال الباجي: وهذا إذا كان المستهلك معلوم الكيل والوزن، فإن كان غير معلوم القدر؛ فعلى متلفه قيمته؛ لأنه لو دَفَع إليه مثل ما حوز فيه لم يأمن أن يدفع إليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل، فيؤدِّي إلى التفاضل في الطعام[4].

وإن كان مما لا يكال ولا يوزن؛ فعليه قيمته.

قال بعض البغداديين: وإنما أوجبنا القيمةَ في غير المكيل والموزون؛ لقوله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ**[ز: 776/ أ] **قُوِّمَ عَلَيْهِ نصيب شريكه**»[5]، فجعل فيه القيمة؛ لتعذُّر

---

(1) قوله: (واختلف فيها قول سحنون... فعل حادث غير الأول) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5766**.

(2) في (م): (فيغرم).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 274** و**275** و(العلمية): **2/ 298**.

(4) جملة (قال الباجي: وهذا إذا ... في الطعام) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
و المنتقى، للباجي: **7/ 308**.

(5) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **5/ 1121**، في باب من أعتق شركا له في مملوك، من كتاب العتاقة والولاء، برقم (**613**).
والبخاري: **3/ 144**، في باب إذا أعتق عبدا بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، من كتاب العتق، برقم (**2522**).
ومسلم: **3/ 1286**، في باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب الأيمان، برقم (**1501**) جميعهم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: "مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ قُوِّمَ

إدراك المماثلة فيه، ولمَّا[1] كانت المماثلة مدركةً فيما[2] يكال أو يوزن؛ فهي أعدل لتقاربها من الذهب والفضة[3] في إدراك المماثلة.

قال: وقول الله سبحانه: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ الآية [المائدة: **95**]، قد عُلِمَ أنه أريد به المِثْل والصفة والمقاربة لا حقيقة المقدار في الوزن؛ لأنَّ ما ذكر من النعم لا يقابله[4] الصيد في المقدار؛ إذ ليست البدنة مثل النعامة، وبذلك[5] يحكم فيها، فعلم أنه أراد[6] مماثلة الصفة والمقاربة في الخلقة، والله أعلم[7].

والذي هو من ذوات الأمثال كالذهب والفضة والنحاس والحديد والحنطة والشعير وسائر المكيلات والموزونات.

ولا تلزمه القيمة؛ لأنَّ القيمة إنما يُصار لها عند تعذر المثل[8].

واختُلِفَ إذا غصبه[9] في شدة، ثم صار إلى رخاء، هل يغرم مثله أو قيمته على القول بأنه يغرم أعلى القيمة؛ لأنه[10] قد حرمه[11] السوق، وإن كان جزافًا ولم[12] يعلم كيله؛

=

العَبْدُ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ العَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ" وهذا لفظ البخاري.

(1) ما يقابل كلمتا (فيه، ولما) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (مما).

(3) في (م): (والورق).

(4) في (ز): (يقاربه).

(5) ما يقابل عبارة (إذ ليست البدنة مثل النعامة، وبذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (أراد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) من قوله: (قال بعض البغداديين: وإنما) إلى قوله: (والمقاربة في الخلقة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 330** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **9/ 397** و**398**.

(8) قوله: (والذي هو من ذوات الأمثال كالذهب ... تعذر المثل) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 188**.

(9) في (ز): (غصب).

(10) في (ز): (بأنه).

(11) في (ز): (أحرمه).

(12) كلمة (ولم) يقابلها في (ز): (وإن لم).

غرم[1] قيمته يوم غصبه[2].

لأنه لو دفع إليه مثل ما حوز[3] فيه؛ لم يأمن أن يكون أقل أو أكثر، فيؤدي إلى التفاضل في الطعام[4].

وأما قوله: (إلَّا ألَّا يجد مثله[5] فيغرم قيمته يوم غصبه) فإنما قال ذلك؛ حفظًا للأموال، وصيانةً لها؛ لئلا يتَسَرَّع أحدٌ إلى إتلاف مال غيره[6].

قال شيخنا: وقوله: (إلَّا ألَّا يوجد مثله) يحتمل أن[7] يريد أنه انقطع بالكلية فلم يوجد، ويحتمل أن يريد أنه انقطع بالبلد الذي غصبه فيه، فإن أراد أنه انقطع بالكلية؛ فظاهر.

ووجهه ما قدَّمناه.

وإن أراد أنه انقطع بالبلد الذي غصبه فيه[8] خاصَّة؛ فهذا مما اختُلِفَ فيه فقال مالك: ومن غصب لرجل طعامًا أو إدامًا فاستهلكه؛ فعليه مثله[9] بموضع غصبه منه، فإن لم[10] يجد هناك مِثلًا؛ لزمه أن يأتي بمثله[11]، إلَّا أن يصطلحا على أمر جائز[12].

---

(1) كلمتا (كيله غرم) يقابلهما في (ز): (كيله أو غرم).

(2) قوله: (واختلف إذا غصبه في ... يوم غصبه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5782.**

(3) في (ز) و(م): (حزر)، وما اخترناه موافق لما في منتقى الباجي.

(4) قوله: (لأنه لو دفع إليه مثل ما حوز ... الطعام) بنحوه في المنتقى، للباجي: **7/ 308.**

(5) ما يقابل كلمة (مثله) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (إلى إتلاف مال غيره) مطموس في (م).

(7) في (ز): (أنه).

(8) عبارة (فإن أراد أنه انقطع ... غصبه فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) في (ز): (قيمته).

(10) كلمتا (فإن لم) يقابلهما في (ز): (فلم).

(11) ما يقابل كلمة (بمثله) غير قطعي القراءة في (م).

(12) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 76.**

والأمر الجائز الذي أراده هو أن يتفق المتعدي ورب الطعام[1] على أخذه بغير البلد، أو الثمن الذي بيع[2] به، وأما طعام يخالفه؛ فلا.

وقال أشهب: ورب الطعام بالخيار[3] إن شاء صبر عليه، أو ألزمه[4] أن يأتي بالمثل من أي بلدٍ[5] كان، وإن شاء ألزمه القيمة الآن[6].

[فيمن غصب شيئًا لا مثل له]

(ومن غصب شيئًا لا يوجد مثله؛ غرم[7] قيمته يوم غصبه)[8].

اعلم أنَّ من غَصَبَ شيئًا مما لا يكال ولا[9] يوزن، ولا هو من ذوات الأمثال، كالعروض والرقيق والحيوان، فتلف عنده؛ ضمن قيمته.

[م: 272/ ب] والأصل في ذلك قول النبي ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ قُوِّمَ العَبْدُ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ العَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**»[10].

---

(1) كلمتا (ورب الطعام) يقابلهما في (ز): (وربه).

(2) كلمة (بيع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) عبارة (ورب الطعام بالخيار) يقابلها في (م): (هو في الطعام).

(4) كلمتا (أو ألزمه) يقابلهما في (م): (وألزمه).

(5) في (م): (ذلك).

(6) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 331.

(7) في (م): (فليغرم).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 274 و275 و(العلمية): 2/ 298.

(9) في (ز): (أو).

(10) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 5/ 1121، في باب من أعتق شركا له في مملوك، من كتاب العتاقة والولاء، برقم (613).

والبخاري: 3/ 144، في باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، من كتاب العتق، برقم (2522).

ومسلم: 2/ 1139، في كتاب العتق، برقم (1501) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

والعتق إتلاف، أوجب القيمة دون المثل، فكان ذلك أصلًا في بابه[1].

ولأنَّ كل ما لا[2] يكال [ز: 776/ ب] ولا[3] يوزن، فالغرض منه أعيانه دون مثله؛ فوجب عليه قيمة العين[4].

قال مالك: له أن يأخذه بتلك القيمة أينما لقِيَه من البلدان -نقصت القيمة في غير بلد[5] الغصب، أو زادت[6]- لأنَّ القيمة لمَّا وجبت صارت دينًا في الذمة، والدَّين له[7] أن يأخذه منه[8] به إذا حلَّ أينما لقيه.

(ومن غصب شيئًا مما[9] له مثل في وقتٍ[10] يوجد فيه مثله[11]، فلم يخاصم فيه حتى خرج إبانه وَعُدِمَ مثله؛ كان المغصوب[12] منه بالخيار أن ينتظر وجود مثله، فيأخذه، وبين أن يغرم الغاصب قيمته يوم غصبه[13]، لا يوم عدمه)[14].

اختُلف فيمن غَصَبَ شيئًا مما له مثل، فلم يخاصم فيه حتى تعذَّر مثله، فلم يوجد[15]،

---

(1) من قوله: (اعلم أنَّ من غصب) إلى قوله: (ذلك أصلًا في بابه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 375.

(2) عبارة (ولأن كل ما) يقابلها في (ز): (وإن كان مما) وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(3) في (ز): (أو).

(4) من قوله: (اعلم أنَّ من غصب) إلى قوله: (عليه قيمة العين) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 188.

(5) في (ز): (البلد).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 353 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 76.

(7) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمة (منه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) كلمة (مما) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(10) كلمتا (في وقت) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(11) كلمتا (فيه مثله) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(12) ما يقابل كلمة (المغصوب) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل عبارة (يغرم الغاصب قيمته يوم غصبه) غير قطعي القراءة في (م).

(14) التفريع (الغرب): 2/ 275 و(العلمية): 2/ 298.

(15) ما يقابل عبارة (تعذَّر مثله، فلم يوجد) غير قطعي القراءة في (م).

فقال ابن القاسم: ليس على الغاصب إلَّا مثله.

يريد: ويصبر حتى يوجد مثله.

وقال أشهب: المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر[1]، أو يأخذ القيمة الآن.

قال اللخمي: والقول بأنه مخير[2] بين أن يصبر أو يأخذ القيمة الآن أحسن؛ لأنَّ عليه في الصبر ضررًا، وذلك حقٌّ له لا حقَّ عليه، فإن أحب[3] أخَّره حتى يوجد مثله، وإن أحب قام[4] بحقه الآن[5].

وأما قوله: (غرم قيمته يوم غصبه لا يوم عدمه) فإنما قال ذلك؛ لأن الضمان ترتَّب عليه يوم الغصب، وقصارى هذا الذي عدم مثله صار كأنه ليس من ذوات الأمثال؛ فوجبت[6] فيه القيمة يوم الغصب.

وقال بعض المتأخرين: الواجب عليه قيمته يوم عدمه[7].

قال: لأن القيمة إنما هي عوض عن المثل الذي عدم لا عوض عن المغصوب؛ لأنه ليس مما يضمن بالقيمة؛ إذ لو كان المثل موجودًا ما لزمه سواه إن نفقت قيمته أو انخفضت؛ ألا ترى أنه لو أقرضه فلوسًا، فعدمت وقطعها الإمام؛ فإنَّ الواجب[8] قيمتُها يوم عدمت؛ لأنَّه لو أتى بها يومئذٍ؛ لوجب عليه قبولها.

---

(1) ما يقابل كلمة (يصبر) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (يخير).

(3) كلمة (أحب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) ما يقابل عبارة (حتى يوجد مثله، وإن أحب قام) غير قطعي القراءة في (م).

(5) من قوله: (اختلف فيمن غصب) إلى قوله: (أحب قام بحقه الآن) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5782 و5783.

(6) في (ز): (فوجب).

(7) في (م): (عدم).

(8) ما يقابل كلمتا (فإن الواجب) غير قطعي القراءة في (م).

[في غَصْبِ الحيوان وتغير قيمته]

(ومن غصب حيوانًا، فنقصت[1] قيمته؛ لانخفاض سوقه؛ لم يضمن نقصه، وإن نقصت قيمته لعيبٍ[2] حدث به[3]؛ فربُّه بالخيار بين أخذه ناقصًا[4] ولا أرش له في نقصانه، وبين تركه وأخذ قيمته)[5].

اعلم أنَّ من غَصَبَ حيوانًا فنقصت قيمته عن القيمة التي كانت يوم[6] غصبه عليها، فلا يخلو نقص قيمة[7] ذلك من وجهين:

إمَّا أن يكون لانخفاض سوقه، أو بعيب حدث فيه، فإن كان لانخفاض سوقه[8] فقال مالك وابن القاسم: يأخذه ربه، ولا شيء على الغاصب.

قال الباجي: لأنَّ حوالة الأسواق غير مؤثِّرة في عين[9] ما غصبه الغاصب، ولا تؤثر في ضمانه[10].

وقال أشهب وعبد الملك: إذا ارتفعت أسواقه، ثم عادت لما كانت عليه، فلربِّه[11] أن يأخذ الغاصب بأرفع القيم إذا هلك؛ لأنَّ عليه أن يردَّه في كل وقت، ومتى لم يرده؛ [ز: 777/ أ] كان كمغتصبه حينئذٍ، وكذلك إذا ارتفعت أسواقه، ثم عادت لهيئتها ولم يهلك.

---

(1) ما يقابل كلمتا (حيوانًا، فنقصت) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (نقصت قيمته لعيبٍ) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (فيه).

(4) كلمة (ناقصًا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 275 و(العلمية): 2/ 298.

(6) كلمتا (كانت يوم) يقابلهما في (م): (كان).

(7) ما يقابل كلمة (قيمة) غير قطعي القراءة في (م).

(8) عبارة (أو بعيب حدث فيه، فإن كان لانخفاض سوقه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) ما يقابل كلمتا (في عين) غير قطعي القراءة في (م).

(10) من قوله: (اعلم أنَّ من غصب) إلى قوله: (ولا تؤثر في ضمانه) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 302.

(11) في (ز): (فلزمه).

قال اللخمي: وأرى أن ينظر، فإن كانت للقنية؛ فليس له سوى عبده أو دابته [م: 273/ أ]، وإن كانت للتجارة؛ كان له أن يغرم الغاصب أرفع القيم[1]؛ لأنَّه حرمه البيع بحبسه عن أسواقه[2].

واختُلِفَ إذا نقصت القيمة بعيبٍ حدث فيه، فحكى اللخميُّ عن ابن القاسم أنه يضمن[3]، وحكى ابن يونس عن ابن القاسم أن ربها مخيَّر بين أخذها معيبة أو يُضمِّنه قيمتها يوم الغصب[4].

قال القاضي عبد الوهاب: وإنما ثبتت له الخيرة؛ لأنه متعدًّى عليه، والغاصب المتعدي أحق وأولى بأن يحمل عليه؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ الآية [الشورى: 42]، ولأن المتعدَّى عليه مخيرٌ في الأصول؛ لأنه مجنيٌّ عليه في ملكه، فيقول: لا آخذها معيبة وقد غصبت مني سليمة؛ فله تركها وأخذ قيمتها.

وليس له أخذها وما نقصه العيب؛ لأن الغاصب[5] ضامنٌ لها يوم الغصب، فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكمٌ في الضمان؛ لأنه طَرَأ على أصل مضمون، فإذا اختار المالك أَخْذها[6]، فقد رَضِيَ بعيبها؛ لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها، ويرجع بالقيمة.

فإذا قال: أردتُ الأرش؛ لم[7] يكن له ذلك؛ لأنَّ الغاصب لم يكن ضامنًا لما حدث بانفراده، وإنما كان ضامنًا [له][8] بضمان الجملة وأبعاضها[9] تابعة لها، وهذا إذا كان العيب بأمرٍ من الله سبحانه لا بجناية أحد.

---

(1) في التبصرة للخمي (ربع ذلك).

(2) من قوله: (وقال أشهب وعبد الملك) إلى قوله: (بحبسه عن أسواقه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5763 و5764.

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5765.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 383.

(5) ما يقابل كلمتا (لأن الغاصب) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (فإذا اختار المالك أخذها) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (أردتُ الأرش؛ لم) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمة (له) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(9) ما يقابل كلمة (وأبعاضها) غير قطعي القراءة في (ز).

فإن كان بجناية أحد، فلا يخلو: إمَّا أن يكون الغاصب أو غيره، فإن كان الغاصب؛ فربُّه بالخيار بين أخذه وما نقصه -يريد: يوم الجناية[1]- أو يدعه ويأخذ قيمته يوم الغصب.

وقال سحنون وابن المواز: ليس له ذلك، وإنما له أخذ المغصوب ناقصًا بغير أرش، أو إسلامه وأخذ قيمته يوم الغصب.

فوجه قول ابن القاسم هو أنها جناية على ملكِ غيره، فكان له أخذه وما نقصه؛ كالجناية المبتدأة.

ووجه قول سحنون وابن المواز هو أنه ضامنٌ لقيمتها بالغصب، والجناية الطارئة بعد الضمان لا حكم لها.

أصله: إذا كانت من قِبَل الله تعالى[2].

وإن كان الجاني غير الغاصب؛ فلرب المغصوب أخذه واتباع الجاني بما نقصه دون الغاصب، وله[3] تركه وأخذ القيمة من الغاصب يوم الغصب، ثم للغاصب اتِّباع الجاني بالجناية.

[في الشيء المغصوب يباع، فيجده ربُّه عند مبتاعه]

(ومن غصب شيئًا فباعه، ثم وجده ربُّه عند مبتاعه؛ فربُّه بالخيار في فسخِ بيعه وأخذه، أو في إجازة بيعه وأخذ ثمنه من غاصبه دون مبتاعه)[4].

قال ابن يونس: وإن حالت الأسواق، [وإنما له أن يأخذها، أو يأخذ الثمن من

---

(1) ما يقابل عبارة (أخذه وما نقصه، يريد: يوم الجناية) غير قطعي القراءة في (م).

(2) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 190 و191.

(3) في (ز): (ولو).

(4) عبارة (فربه بالخيار في فسخ... دون مبتاعه) يقابلها في (ز): (فليس له تضمين الغاصب قيمته) وما أثبتناه موافق لما في تفريع ابن الجلاب.

التفريع (الغرب): 2/ 275 و276 و(العلمية): 2/ 299.

الغاصب][1]، كما لو وجده بيد [ز: 777/ ب] الغاصب قد حال سوقه؛ فليس له تضمينه؛ إلَّا أن يتغير في بدنه.

قال ابن عبدوس: وقد روى ابن وهب عن مالك: أن لربِّها تضمين الغاصب قيمتها إذا حال سوقها، وإنما له أن يأخذها ويرجع المشتري بالثمن على الغاصب، أو يجيز البيع ويأخذ الثمن من الغاصب[2].

وإنما كان المغصوب منه بالخيار؛ لأنَّ السلعة باقية على ملكه لم تزل، فإقدام الغاصب على بيعها إقدامٌ على بيع ملك الغير بغير إذنه[3]، وإذا افتيت على المرء في بيع سلعته بغير إذنه؛ كان الخيار له[4] أن يجيز فعل الفاعل أو يردَّه ويأخذ عين شيئه.

قال في "المدونة": ولو حضر المغصوب منه وأجاز البيع؛ لم يكن للمبتاع رده[5].

إذا ثبت هذا فقال ابن القاسم في "العتبية": وإذا أجاز ربُّ العبد البيع والعبد قائمٌ؛ [م: 273/ ب] فلا كلام للمشتري، والعهدة في ذلك على السيد لا على الغاصب.

وإن فات العبد بيد المشتري حتى يكون المستحق مُخَيَّرًا في إجازة البيع وأخذ الثمن، أو في تضمين الغاصب قيمته يوم غصبه، واختار أخذ القيمة أو الثمن من[6] الغاصب؛ فالعهدةُ للمشتري على الغاصب[7].

قال في "المدونة": وإن أجاز ربها البيع بعد أن هلك الثمنُ بيد الغاصب؛ فإن الغاصب يغرمه، وليس الرضا ببيعه يوجِب له حكم الأمانة في الثمن[8].

---

(1) عبارة (وإنما له أن ... من الغاصب) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(2) قوله: (وإنما له أن ... من الغاصب) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 389 و391.

(3) ما يقابل عبارة (الغير بغير إذنه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (الخيار له) يقابلهما في (م): (بالخيار إما).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 350 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 75.

(6) حرف الجر (من) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 281 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 392.

(8) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 345 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 73.

أما[1] إذا لم يقبضه الغاصب؛ فلا خلاف أنه يأخذه من المشتري، وأما إذا قبضه الغاصب، فقال ابن الجلَّاب: (يأخذه من الغاصب)، ولم يفرِّق بين أن يكون[2] الغاصب غنيًا أو فقيرًا.

أما إذا كان غنيًا؛ فإنه يرجع به عليه.

واختُلِف إذا كان[3] الغاصب فقيرًا، فقيل: لا شيء على المشتري[4].

وقيل: يؤخذ منه الثمن ثانية.

ومنشأ الخلاف بين القولين: هل الإجارة تنعطف على ما تقدَّم[5] من العقود؛ إذ هي في حكم العقد المنشأ؟

فإن قلنا: إنها تنعطف على ما تقدَّم؛ فلا حقَّ له على المشتري كان[6] الغاصب غنيًا أو فقيرًا؛ لأنه لمَّا أجاز البيع، فقد أجاز للغاصب قبض الثمن.

وإن قلنا: إنه في حكم عقد مبتدأ؛ فله أخذه من المشتري، وللمشتري[7] الرجوع به على الغاصب.

[في المغصوب يحدث به عيبٌ عند مبتاعه]

(وإن باعه الغاصب وحدث به عيبٌ عند مبتاعه؛ فربُّه بالخيار بين أخذه ناقصًا وفسخ بيعه، وبين إجازة بيعه وأخذ[8] ثمنه أو قيمته من غاصبه يوم غصبه)[9].

اعلم أن من غصب شيئًا فباعه، ثم حدث به عيبٌ عند مبتاعه؛ فلا يخلو ذلك

---

(1) كلمتا (الثمن أما) يقابلهما في (م): (الثمن فمن يأخذ المغصوب منه الثمن إذا أجاز البيع أما).

(2) في (م): (كون).

(3) ما يقابل كلمتا (إذا كان) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (فقيل: لا شيء على المشتري) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (الإجارة تنعطف على ما تقدَّم) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (حقَّ له على المشتري كان) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمة (وللمشتري) يقابلها في (م): (ثم للمشتري).

(8) ما يقابل عبارة (وبين إجازة بيعه وأخذ) غير قطعي القراءة في (م).

(9) التفريع (الغرب): 2/ 276 و(العلمية): 2/ 299.

العيب[1]: إمَّا أن يكون بأمرٍ من الله سبحانه، أو من المبتاع، أو من أجنبي.

فإن كان [ز: 778/ أ] بأمرٍ من الله سبحانه[2]؛ مثل ذهاب عين، أو قطع يد، أو غير ذلك؛ فلا ضمان على المبتاع، والمغصوبُ منه مخير[3] إن شاء أخذه ناقصًا، ولا شيء على المبتاع، ولا على الغاصب، وإن شاء أخذ من الغاصب الثمن أو القيمة يوم الغصب[4].

وكذلك كلما عرف هلاكه بأمرٍ من الله سبحانه لا ضمان[5] فيه على مبتاعه، والمبتاعُ مصدَّقٌ فيما يدَّعي هلاكه مما لا يغاب عليه من رقيقٍ أو حيوانٍ، ولا يصدَّق فيما يغاب عليه.

ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه هلك، ويغرم القيمة، إلَّا أن تأتي بينةٌ أن هلاكه من غير سببه، وأما إن كان بسببه؛ فإنه يضمنه.

قال أشهب في "المجموعة": وإذا قتلها المبتاع عمدًا أو خطأً؛ فلمستحِقها أن يُضمِّنه قيمتها؛ لأنها جناية منه على ملك غيره، والعمدُ والخطأُ في الجناية على أموال الناس سواء[6].

وإن كان بأمرٍ من أجنبي فقد قال ابن القاسم: وإذا قُتلت الأمة عند المبتاع[7]، فأَخَذَ لها أرشًا؛ ثم استحقت[8]؛ فلربها إن شاء أخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب[9]، وإن شاء أجاز البيعَ وأخذ منه الثمن، وإن شاء أخذ من المبتاع ما قبض فيها من القاتل، ثم يرجع[10] المبتاع على

---

(1) كلمتا (ذلك العيب) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(2) عبارة (أو من المبتاع... من الله سبحانه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (بالخيار).

(4) قوله: (والمغصوبُ منه مخير إن شاء ... يوم الغصب) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 315.

(5) ما يقابل كلمتا (لا ضمان) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 378 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 388.

(7) في (ز): (الأجنبي).

(8) كلمتا (ثم استحقت) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(9) ما يقابل كلمتا (يوم الغصب) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (ثم يرجع) غير قطعي القراءة في (م).

الغاصب[1] بالثمن[2]؛ لأنه لم يصح له مِلك ما اشتراه[3].

[استعمال الشيء المغصوب]

(ومن غصب حيوانًا فاستعمله، أو عبدًا فاستخدمه؛ فلا شيء عليه في استعماله ولا في استخدامه.

ومن غصب دارًا فسكنها؛ فلا أجرة عليه في سكناها.

ومن غصب سكنى دارٍ دون رقبتها؛ فعليه أجرة [م: 274/ أ] مثلها.

ومن[4] غصب دارًا أو حيوانًا[5] أو غير ذلك فاستغلَّه؛ فعليه ردُّ غلته على ربه)[6].

اختُلِفَ في غرم الغاصب غلَّة المغصوب فروى أشهب وعلي بن زياد عن مالك أنه يغرم الغلة -أي صنف كان- سواء[7] كان المغصوب دارًا أو شاة أو دابة، أو غير ذلك، وسواء استعمل ذلك أو أجَّره[8].

وذكر ابن القصَّار عن مالك أنَّه لا شيء على الغاصب أي صنف كان المغصوب.

وقال ابن القاسم: إنه يغرم غلة الرباع والغنم والإبل، انتفع بذلك بنفسه أو اغتلَّه، ولا يغرم غلة العبيد والدواب[9].

وقال -أيضًا- مالك[10]: يغرم ما استغلَّ ولا يغرم ما استعمل[11].

---

(1) في (ز): (القاتل).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 72.

(3) قول ابن القاسم بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 387.

(4) ما يقابل كلمتا (مثلها، ومن) مطموس في (م).

(5) كلمتا (دارًا أو حيوانًا) يقابلهما في (م): (حيوانًا أو دارًا) بتقديم وتأخير.

(6) في (م): (أربابه).

التفريع (الغرب): 2/ 276 و277 و(العلمية): 2/ 299.

(7) كلمة (سواء) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 355.

(9) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 344.

(10) كلمتا (أيضًا مالك) يقابلهما في (م): (مالك أيضًا) بتقديم وتأخير.

(11) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 345.

فاحتجَّ من نصر القول الأول بقول النبي ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»(1)، والعرق: ما أخذه الغاصب من بناءٍ أو غرسٍ(2).

واحتجَّ -أيضًا- بقوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عن طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»(3)، ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة؛ فلربِّه قيمة ما انتفع به.

أصلُه: إذا ابتدأ(4) الاستخدام والسُّكنى من غير غصب(5).

قال اللخمي: وحَمَلَ أهل هذا القول قوله عليه السلام: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»(6) على مَنْ وضع يده بوجهِ شبهةٍ لا بوجهِ غصب ولا تعدِّيًا.

واحتجَّ من نَصَرَ هذا القول الثاني بقول النبي ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»(7)، وحمل الحديث على عمومه في الغاصب وغيره(8).

[ز: **778**/ ب] قال القاضي عبد الوهاب: ولأنَّ الغاصب لمَّا كان ضامنًا للعين بقيمتها يوم الغصب؛ لم يكن لمنافعها حكمٌ في الضمان؛ لأنها تابعة للعين(9).

---

(1) صحيح، رواه مالك مرسلًا في موطئه: **4/ 1076**، في باب القضاء في عمارة الموات، من كتاب الأقضية، برقم (**596**).

ورفعه أبو داود: **3/ 178**، في باب إحياء الموات، من كتاب الخراج والإمارة والفيء، برقم (**3073**) كلاهما عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(2) من قوله: (اختلف في غرم الغاصب) إلى قوله: (من بناء أو غرس) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5787** و**5788**.

(3) تقدم تخريجه في باب فيمن استودع إناءً فانكسر، من كتاب الوديعة: **278/7**.

(4) ما يقابل عبارة (ما انتفع به أصلُه: إذا ابتدأ) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (واحتجَّ أيضًا بقوله ... غير غصب) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 193**.

(6) حسن، رواه أبو داود: **3/ 284**، في باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، من أبواب الإجارة، برقم (**3508**).

والترمذي: **3/ 574**، في باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا، من كتاب أبواب البيوع، برقم (**1286**) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(7) جملة (على من وضع ... الخراج بالضمان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5788**.

(9) المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 193**.

وإنما فرَّق ابن القاسم بين غلَّة الغنم والإبل من صوفٍ أو لبنٍ، وبين غلة العبيد والدواب من جهة أن غلَّة الدواب والعبيد متولدة بسبب الغاصب وفعله، والألبان والأصواف ليست من فعل الغاصب، وإنما هي ناميةٌ بنفسها ومتولدة عن الأعيان؛ فوجب أن يكون لها حكم الأعيان.

ووجه التفرقة بين الرباع والحيوان فلأن الحيوان غير مأمون؛ لأن التغيير والتلف يُسرع إليه غالبًا، فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه[1] قيمته، فأعطي حكم المضمون غالبًا، فكان الخراج له، وليس كذلك[2] الرباع؛ لأنها[3] مأمونةٌ في الغالب لا يمكن أن تتلف باستعماله غالبًا، فلم تُعطَ حكم المضمون؛ فلا يكون له غلتها[4].

قال عبد الحق: وإنما فرق بين غلة الربع وغلة[5] الحيوان؛ لأنَّ الرباع مأمونة فكان غاصبها إنما هو مريدٌ لنفعها، فلم يكن له ذلك، والحيوان الغالب فيه[6] التلف، فصار المتعدي عليه متعدٍ على الأعيان، فلم يضمن إلَّا الأعيان، لا ما يكون عنها من غلة[7].

ولأنَّ الحيوان يحتاج إلى نفقة ومؤنة، والغاصب لا يرجِع بما أنفق عليهم، فكانت المنافع [غير][8] مضمونة [عليه][9]، والرباع يرجع بما أنفق فيها، فأخذ منه قيمة ما انتفع، وأجرة ما اغتلَّ[10].

---

(1) كلمة (فيلزمه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل عبارة (له، وليس كذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمة (لأنها) يقابلها في (م): (لأن الرباع).

(4) من قوله: (وإنما فرَّق ابن القاسم بين غلة) إلى قوله: (فلا يكون له غلتها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **9/ 406 و407**.

(5) كلمة (وغلة) يقابلها في (م): (وبين غلة).

(6) في (ز): (عليه).

(7) النكت والفروق، لعبد الحق: **2/ 198**.

(8) كلمة (غير) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(9) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(10) قوله: (ولأنَّ الحيوان يحتاج ... وأجرة ما اغتلَّ) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 192**.

واختُلف فيمن[1] غصب دارًا فسكنها، هل عليه أجرةٌ أم لا؟

فحكى أبو الفرج عن مالك أنه لا شيء عليه، وإن أكرى أو قبض غلةً غرمها، وحبس ما أنفق[2].

ووجهه هو أنَّ في ذلك[3] الكراء أَخذ أجرة عن منافع في ملك غيره، فكانت كالعين القائمة، فلزمه ردُّها، وما سكن بنفسه لم يأخذ له عوضًا، فيلزمه [م: 274/ ب] رد غلَّته.

قال ابن يونس: فالصواب أن يلزمه كراء ما سكن أو ركب؛ لأنه استهلك منافع ملك غيره، كاستهلاكه عين ملك غيره؛ فوجب عليه غرمه[4].

ووجه تفرقة ابن الجلَّاب بين غصبه رقبة الدار، وبين غصبه منافعها ظاهرٌ، وذلك أن الغاصب للمنافع لم يوجد منه غصبٌ بالنسبة إلى الرقبة؛ بدليل تمكينه[5] ربها من هبتها وبيعها وعمارتها، فلم يجب عليه إلَّا غرم ما تعدَّى فيه لا ما لم يتعدَّ فيه؛ بخلاف غصبه للرقبة؛ فإنه قد حال بينه وبينها، ولم يُمَكَّن ربها من الانتفاع بها، فلم يكن[6] عليه أجرة سكنها لضمانه إياها.

قال ابن القاسم: ومن سكن دارًا غاصبًا للسُّكنى مثل ما سكن المسودة حين دخلوا مصر، فانهدمت من غير فعله؛ فلا يضمن إلَّا قيمة السكنى، إلَّا أن ينهدم من فعله.

وأما لو غصب[7] رقبة الدار؛ فإنه يضمن ما انهدم، قاله في [ز: 779/ أ] "النوادر"[8].

---

(1) ما يقابل كلمة (فيمن) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (وإن أكرى أو قبض غلة غرمها، وحبس ما أنفق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

قول أبي الفرج بنصِّه في عيون المسائل، لعبد الوهاب، ص: **576**.

(3) كلمة (ذلك) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) من قوله: (واختلف فيمن غصب) إلى قوله: (فوجب عليه غرمه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **9/ 404**.

(5) في (ز): (تمكن).

(6) في (ز): (يجب).

(7) ما يقابل عبارة (وأما لو غصب) غير قطعي القراءة في (م).

(8) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 350** و**351**.

قال ابن القاسم: وإنما لم يكن على الغاصب كراء ما ركب[1] الدواب بخلاف ما سكن من الربع؛ لأنه أنفق عليه، وهو لو أنفق على الصغير من رقيقٍ أو حيوان حتى كبر؛ كان لمستحقه أخذه بزيادته، ولم يكن له ما أنفق ولا ما علف، ولو كان ذلك ربعًا وأحدث فيه شيئًا؛ كان له أخذ ما أحدث، فهذه وجوه مفترقة[2].

[فيمن غصب ساحة فبنى فيها بناء]

(ومن غصب ساحةً فبنى فيها بناء؛ فربُّها بالخيار بين نقضه، وبين دفع قيمته نقضًا، وتركه في أرضه قائمًا على أصله.

ولا قيمة للغاصب[3] فيما لا منفعة له من تجصيصٍ أو تزويقٍ، أو ما لا مرجوع له)[4].

والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»[5]، ولأنه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له غصبًا؛ فوجب أن يلزمه ردها[6]، كما لو غصب أرضًا فزرعها.

إذا ثبت هذا، فمن غصب ساحةً فبنى فيها؛ فربها بالخيار بين أن يأمره بقلع بنائه[7]، وبين أن يعطيه قيمته نقضًا ويتركه في أرضه[8].

قال ابن المواز: بعد طرح أجر القلع[9].

---

(1) ما يقابل عبارة (الغاصب كراء ما ركب) غير قطعي القراءة في (م).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 78.

(3) ما يقابل عبارة (على أصله، ولا قيمة للغاصب) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 277 و(العلمية): 2/ 300 و301.

(5) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: 113/9.

(6) في (م): (رده).

(7) في (م): (بنيانه).

(8) من قوله: (والأصل في ذلك) إلى قوله: (ويتركه في أرضه) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 630 والمعونة، لعبد الوهاب: 2/ 193.

(9) قوله: (قال ابن المواز: بعد طرح أجر القلع) بنصِّه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 142.

قال الأبهري: وإنما قلنا: (له قيمته منقوضًا)؛ لأنه لم يبنِ بإذن صاحب الأرض، فكان لصاحب الأرض أن يأمره[1] بنقض بنائه عنه إن شاء أو يعطيه قيمته مقلوعًا؛ لأنَّ قلَعه يضر بصاحب الأرض، فله إزالة الضرر عنه بدفعِ قيمته مقلوعًا إلى الثاني، وإنما تكون له قيمة البناء غير مقلوع إذا كان بإذن صاحب الأرض إذنًا مُؤَبَّدًا.

وأما إن كان دخل على أن يقلعه بعد مدةٍ، وذلك أن يكتري الأرض سنين ليبني فيها فتنقضي السنون، أو يبني بغير إذن صاحب الأرض؛ فإنَّ على صاحب الأرض دفع قيمته[2] مقلوعًا إن شاء، ولا قيمة له فيما لا منفعة له فيه، كالجص والنقش؛ لأنَّه لو قلعه؛ لم ينتفع به، وفي تركه كذلك منفعة لربِّ الأرض؛ فليس له أن يضرَّ به إذا كان لا ينتفع به.

وقد رَوى مالك عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[3]، فأما أخذه[4] ما ينتفع به فله ذلك؛ لأنه أَخَذَ حقَّه[5].

قال سحنون: ولرب الأرض أن يكلفه ردم ما حفر إن شاء[6].

[فيمن غصب خشبة فبنى عليها]

(ومن غصب خشبةً فبنى عليها بناء؛ فلرب الخشبة أخذها وقلع بناء الغاصب عنها. وكذلك لو بنى حولها بناءً وتركها[7] فيه؛ كان لربها هدم البناء وأخذها)[8].

اعلم أنَّ من غصب خشبةً، فبنى عليها بناءً، ثم أتى ربها فأراد أخذها؛ فذلك له.

قال ابن القاسم: وإن بنى عليها القصور[9].

---

(1) ما يقابل كلمتا (أن يأمره) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمة (قيمته) غير قطعي القراءة في (م).

(3) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: 414/5.

(4) كلمتا (فأما أخذه) يقابلهما في (ز): (فأما ما أخذه).

(5) عبارة (لأنه لو قلعه ... لأنه أخذ حقَّه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) قول سحنون بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 426.

(7) في (م): (فيتركها).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 277 و(العلمية): 2/ 301.

(9) قوله: (قال ابن القاسم: وإن بنى عليها القصور) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5815.

قال القاضي عبد الوهاب: لأنَّه شَغَل ملك الغير بمِلْكِهِ الذي لا حرمة له غصبًا؛ فوجب [ز: 779/ ب] أن يلزمه رده، وإن تلف بناؤه.

أصله: لو غصب أرضًا فزرعها [م: 275/ أ]؛ لأنه ليس لعرق ظالم حقٌّ[1].

واحتجَّ بعض أصحابنا على ذلك بقوله ﷺ: «**كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ**»[2]، فهذه ماله؛ فهو أحق بها.

قال أبو محمد: والهدم على الغاصب.

قال ابن يونس: وقد قيل: ليس للمغصوب منه أخذها إذا كان في ذلك خراب بنيانه؛ لأن ما يدخل على الغاصب في خراب بنيانه أعظم مما يدخل عليه فيها[3] إذا جعلها تابوتًا، فإذا كان ليس له أخذها إذا عملها تابوتًا، فكذلك ليس له أخذها بهدم بنيان الغاصب[4].

[فيمن غصب شاة فذبحها]

(ومن غصب شاةً فذبحها؛ ضمن لربها قيمتها، وكان له أكلها.

وقال محمد بن مسلمة: لربها أخذها، ويضمَنُ الغاصبُ ما بين قيمتها حيَّةً ومذبوحةً)[5].

اعلم أنَّ من غصب شاةً فذبحها، ثم أتى ربها فوجدها[6] مذبوحة؛ فله أن يضمِّن الغاصب قيمتها؛ لأنَّه قد أفاتها عليه، وللغاصب أكلها[7].

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 193 و194.

(2) ضعيف، رواه الدراقطني في سننه: 5/ 422، برقم (4568).

والبيهقي في سننه الكبرى: 10/ 539، برقم (21618) وقال: هذا مرسل حبان بن أبي جبلة القرشي من التابعين.

(3) كلمة (فيها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) من قوله: (قال أبو محمد: والهدم) إلى قوله: (بهدم بنيان الغاصب) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 418.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 278 و(العلمية): 2/ 301.

(6) ما يقابل عبارة (ثم أتى ربها فوجدها) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (وللغاصب أكلها) غير قطعي القراءة في (م).

واختُلِف هل له أن يأخذها مذبوحةً[1] وما نقصها الذبح، أم ليس له إلَّا أن يأخذها مذبوحةً بغير شيءٍ، أو يضمن الغاصب قيمتها ويتركها له، وقاله ابن القاسم مرة، وأخذ به سحنون[2].

قال ابن المواز: لأنَّه لما لزمته القيمة؛ لم يكن لربِّ الشاة أن يأخذ غيرها، ولا أن يأخذ نقصها، ولا يأخذ[3] بقيمتها سلعة إلَّا باجتماعٍ منهما على أمر جائز؛ إلَّا أن يرضى ربُّ الشاة بأخذها؛ فذلك له[4].

قال شيخنا: ولا يجوز لربِّ الشاة[5] أن يأخذها وما نقصها ولو وقع تراضيهما بذلك؛ لأن القيمة قد وجبت في الذمَّة، فأخذُه الشاةَ مع ما نقَصَها مبايعة ومعاوضة عن القيمة الواجبة في الذمة بلحمِ شاةٍ مذبوحة ودراهم، أما إذا أخذها على انفرادها؛ فجائز؛ لأنه رَضِيَ بها، وأسقط الضمان عن الغاصب.

وقال محمد بن مسلمة: لربها أخذُها ويضمَن الغاصب ما بين قيمتها حية ومذبوحة؛ لأن الذبح جناية على ملك غيره، فكان له أخذها وما نقصها الذبح؛ كالجناية المبتدأة[6].

[فيمن غَصَب صاجةً فشقها ألواحًا]

(ومن غصب صاجةً فشقها ألواحًا، وعملها أبوابًا؛ فعليه قيمتها، وليس لربها أخذها؛ للفوت الذي دخلها.

وقال عبد الملك: لربها أخذها، وليس شقُّها أو قطعها فوتًا لها)[7].

اعلم أن من غصب خشبةً فعملها[8] مصراعين؛ فإنَّ عليه قيمتَها ولا يذهب

---

(1) كلمة (مذبوحة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) قوله: (واختلف هل له... مرة، وأخذ به سحنون) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 412.

(3) كلمتا (ولا يأخذ) يقابلهما في (ز): (ويأخذ).

(4) قول ابن المواز بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 308.

(5) ما يقابل عبارة (شيخنا: ولا يجوز لربِّ الشاة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قول محمد بن مسلمة بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 842.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 278 و(العلمية): 2/ 302.

(8) ما يقابل كلمة (فعملها) غير قطعي القراءة في (م).

عمله باطلًا.

قال ابن القاسم: فمُنِعَ من أخذها؛ لئلا يذهب عمل الغاصب باطلًا، فإنْ رَضِيَ صاحبها أن يضمن له الأجرة؛ كان له أخذها.

وقال عبد الملك في "المبسوط": إذا كان قد عمل فيها عملًا [ز: **780**/ أ] له بال من نقش أو صنعة وزاد في ثمنها؛ كان صاحبها بالخيار بين أن يعطيَه قيمة عمله ويأخذها، وبين أن يسلمها له ويأخذ قيمتها يوم غصبها، أو يكونا شريكين.

وإن كان عمل فيها عملًا يسيرًا؛ فلربِّ الخشبة أخذها ولا شيء عليه في العمل، هكذا نقل اللخمي عنه[1].

وأما أبو محمد فنقل في نوادره عن عبد الملك أنه قال: ومن سرق فضةً[2] فصاغها حليًّا، أو ثوبًا فصَبَغَه أو خاطه[3]، أو خشبةً فعمل منها تابوتًا أو أبوابًا، أو حنطةً فطحنها؛ فكل ما أثَّر [فيه][4] من هذا ولا يقدر على أخذ صنعته؛ فإن لربِّ السرقة أخذها بما زاد في ذلك من الصنعة بلا غرم شيء، نَقَصَه ذلك أو زاده؛ لقوله ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[5].

[م: **275**/ ب] وكل ما يقدر أن[6] يميِّز منه بما أحدث فيه من الصنعة ولا يضر ذلك المسروق منه؛ فذلك له، وإلَّا فلا شيء له ويبقى[7] الثوبُ لربه مصبوغًا، والدقيق والباب والتابوت.

قال عبد الملك: والمسروق منه والمغصوب سواء.

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5815**.

(2) ما يقابل كلمة (فضة) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمتا (أو خاطه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) ما بين المعكوفتين زيادة من النوادر والزيادات والجامع، لابن يونس: **11/ 306**.

(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 324**.

والحديث تقدم تخريجه في باب استعمال الشيء المغصوب، من كتاب الغصب: **173/9**.

(6) كلمتا (يقدر أن) يقابلهما في (ز): (يقدر على أن) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) ما يقابل عبارة (وإلَّا فلا شيء له ويبقى) غير قطعي القراءة في (م).

قال: وأصل هذا قول النبي ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[1].

قال سحنون: كل ما تغيَّر بالصنعة حتى صار له اسم غير اسمه؛ فليس لربه أخذه، وهو فوت[2].

والقول الذي حكاه ابن الجلَّاب أولًا هو قول مالك وأشهب.

وقد علَّل مالك قول نفسه بأن قال: لأنَّه لا يقدر أن يعيدها على[3] ما كانت عليه.

وعلَّل أشهب بتعليل آخر، وهو: أنه قد حال المغصوب إلى غير ما كان[4].

قال شيخنا: ولأنَّ المغصوب إذا تغيَّر اسمه ولم يمكن صيرورته إلى ما كان عليه حالة أن غصب؛ صار كأنه غير العين المغصوبة بسبب منافعها، ولأنَّ الجاني يقول: ليس هذه العين هي التي غصبتُها لك، فبأيِّ وجه تأخذ مني ما لم أغصبه منك؛ لأني غصبت لك خشبة، فكيف تأخذ مني بابًا؟ وإنما الواجب لك عليَّ قيمة ما أتلفت عليك.

[فيمن غصب غزلًا فنسجه ثوبًا]

(ومن غصب غزلًا فنسجه ثوبًا؛ فعليه قيمة الغزل لربه، وقد قيل: عليه ردّ مثله)[5].

اختُلِفَ فيمن غصب غزلًا[6] فنسجه ثوبًا فقال مالك في كتاب ابن المواز: عليه قيمة الغزل؛ كمن غصب خشبةً فجعلها توابيت[7].

---

(1) قوله: (وكل ما يقدر أن يميز... ظالم حق) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/ 438 و439.

والحديث تقدم تخريجه في باب استعمال الشيء المغصوب، من كتاب الغصب: 173/9.

(2) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 325.

(3) في (م): (إلى).

(4) قوله: (وقد علَّل مالك قول نفسه بأن ... ما كان) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 325.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 278 و(العلمية): 2/ 303.

(6) ما يقابل عبارة (فيمن غصب غزلًا) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (اختلف فيمن غصب... خشبةً فجعلها توابيت) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 416.

قال ابن الجلَّاب: (**وقد قيل: عليه ردُّ مثله**).

ووجهه هو أن غرم المثل أعدل، ولا يظلم[1] أحدٌ منهما؛ لتقارب المثل في العين التي أُفيتت.

[في الجِلد المغصوب]

(ومن غَصَبَ جِلْدًا فصنعه خفًّا، أو نعلًا؛ ضمن[2] قيمته)[3].

اعلم أنَّ من غَصَبَ جلدًا فصنعه خُفًّا أو نعلًا فعليه قيمته[4]، وهو كالثوب يغصبه ثم يخيطه.

وقد قالوا في الثوب يقطعه ثم يخيطه: إن للمغصوب منه[5] أخذ ذلك بغير غرم.

وكذلك ينبغي أن يكون الجلد إذا قطعه خفًّا أو نعلًا أن يأخذه ربه ولا يغرم شيئًا؛ لأنه لو أزيل[6] لا قيمة[7] له، فكذلك خياطة الجلد لا فرق بينهما.

[فيمن غصب حنطة فزرعها]

(ومن غصب حنطةً فزرعها؛ لزمه ردُّ مثلها[8] والزرع له [ز: **780**/ ب] **دون ربها)[9].**

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ من ابتاع ما يكال أو يوزن فأتلفه[10] عليه متلف؛ فعليه مثل صفته

---

(1) ما يقابل عبارة (أن غرم المثل أعدل، ولا يظلم) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (ز): (فعليه).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 278 و(العلمية): 2/ 303.

(4) عبارة (اعلم أن من ... فعليه قيمته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل كلمة (أزيل) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمتا (لا قيمة) يقابلهما في (ز): (بقي قيمته).

(8) ما يقابل عبارة (لزمه ردُّ مثلها) مطموس في (م).

(9) التفريع (الغرب): 2/ 278 و(العلمية): 2/ 303.

(10) ما يقابل كلمة (فأتلفه) غير قطعي القراءة في (م).

وكيله، وكذلك في الغصب.

[فيمن غصب بيضة فأفرخت]

(ومن غصب بيضةً، فحضَّنها فأفرخت؛ فعليه[1] رد بيضة مثلها، والفرخ له)[2].

اعلم أن من غَصَبَ بيضةً فحضَّنها[3] تحت دجاجة؛ فليس لصاحب البيضة إلَّا مثلها؛ كالقمح يُغصب ويزرع؛ فالزرع[4] للزارع وعليه مثل القمح.

قال أشهب: وأحبُّ إليَّ أن يتصدَّق بالفضل، وليس بواجب عليه؛ للضمان[5].

قال أبو إسحاق: وقد قيل: يأخذ الفراريج مستحق البيض.

قال سحنون في "العتبية": وعليه قيمة ما حضنت دجاجة الغاصب[6].

قال أشهب في "المجموعة": ولو غصب دجاجةً فباضت عنده، فحضنت بيضها؛ فما خرج من هذه من الفراريج؛ فلربها أخذُهُم معها كالولادة.

ولو حضَّن تحتها بيض غيرها؛ فالفراريج للغاصب، والدجاجة لربِّها، وله فيما حضنت كراء مثلها[7].

---

(1) كلمتا (فأفرخت؛ فعليه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(2) كلمة (له) يقابلها في (ز): (للغاصب دون ربها) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

التفريع (الغرب): 2/ 278 و(العلمية): 2/ 303.

(3) كلمة (فحضَّنها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (فالقمح).

(5) جملة (قال أشهب: وأحبُّ إليَّ أن يتصدَّق بالفضل، وليس بواجب عليه؛ للضمان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

قول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 348.

(6) البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 38.

(7) من قوله: (اعلم أن من غصب) إلى قوله: (حضنت كراء مثلها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 348 و349.

[فيمن غصب فضةً، فضربها دراهم]

(ومن غصب فضةً، فضربها دراهم؛ ردَّ فضة مثلها، والدراهم له)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنه إن أخذ الدراهم بغير شيءٍ [م: 276/ أ] ظلم الغاصب، وإن أعطاه قيمة عمله؛ كانت فضةً بفضةٍ وزيادة؛ فهو ربا[2].

[فيمن غصب دراهم فوجدها ربُّها بعينها]

(ومن غصب دراهم فوجدها ربُّها بعينها، فأراد أخذها[3]، وأبى الغاصب أن يردها، وأراد ردَّ مثلها؛ فذلك للغاصب دون ربها، قاله ابن القاسم.

وقال بعض أصحابنا: ذلك لربها دون غاصبها)[4].

اختُلف فيمن غَصَبَ من رجلٍ دراهم أو دنانير[5] فوجدها المغصوب منه عند الغاصب بعينها، فأراد أخذها وأبى الغاصبُ أن يردها، وأراد ردَّ مثلها، هل له ذلك أم لا؟

فقال ابن القاسم: ذلك للغاصب[6] دون ربها[7]، ورأى أن الدنانير والدراهم لا تتعيَّن؛ لأن المقصودَ منها واحد، وهو التوصُّل بهما[8] إلى الأغراض والمقاصد، ولمَّا لم تكن معينةً، فمِنْ ساعة غصبَها ضمِنَها، وضمان ما لا يتعيَّن لا يتعلَّق وفاؤه بعينٍ دون غيره.

وقال بعض أصحابنا: ذلك لربِّها دون غاصبها، ورأى أن الدنانير والدراهم تتعيَّن، ولأنها عين شيئِه، فكان له أخذها، كما لو غَصَبَ عرضًا[9] أو حيوانًا.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 279 و(العلمية): 2/ 303.

(2) قوله: (لأنه إن أخذ الدراهم بغير شيءٍ ... فهو ربا) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 307.

(3) في (ز): (ردَّها) وما اخترناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 279 و(العلمية): 2/ 303.

(5) عبارة (دراهم أو دنانير) يقابلها في (م): (دنانير أو دراهم) بتقديم وتأخير.

(6) كلمة (للغاصب) يقابلها في (م): (إلى الغاصب).

(7) قوله: (اختلف فيمن غصب ... دون ربها) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 846.

(8) كلمة (بهما) ساقطة من (ز).

(9) في (م): (عروضًا).

وقد قال مالك في "المدوَّنة" في كتاب الشفعة: ولو غَصَبَ ألف درهم، فابتاع بها شِقْصًا؛ فالشراء جائز، وللشفيع الشفعة مكانه، وعلى الغاصب مثلها.

وإن وَجَدَها المغصوب[1] منه بعينها بيد البائع[2] وأقام عليها بينةً؛ أَخَذَها ورجع[3] البائع على المبتاع بمثلها والبيع تام[4].

[فيمن غَصَبَ أرضًا فزرعها]

(ومن غصب أرضًا فزرعها، ثم أدركها ربها في إبّان الزراعة؛ كان بالخيار بين تركِ الزرع فيها وأخذِ كراء مثلها من غاصبها[5]، وبين قلع الزرع منها.

وإن أدركها ربها[6] وقد فات وقت[7] زراعتها؛ ففيها [ز: 781/ أ] **روايتان:**

إحداهما ما ذكرناه آنفًا.

والرواية الأخرى أنَّه[8] ليس له قلع الزرع منها، وله أجرة مثلها)[9].

اعلم أن من غَصَبَ أرضًا فزرعها، ثم أدركها ربها في إبَّان الزراعة؛ فهو بالخيار إن شاء أَخَذَ كراء مثلها من غاصبها، وترك[10] الزرع فيها، وإن شاء قلع الزرع منها وأخذها، فزرعها لنفسه؛ لقول النبي ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[11].

---

(1) في (م): (المغصوبة).

(2) كلمتا (بيد البائع) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في (ز): (ويرجع).

(4) المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 459** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 130**.

(5) الجار والمجرور (من غاصبها) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) كلمة (ربها) ساقطة من (م).

(7) في (ز): (إبان).

(8) كلمة (إنه) ساقطة من (ز).

(9) التفريع (الغرب): **2/ 279** و(العلمية): **2/ 303**.

(10) كلمة (وترك) يقابلها في (ز): (أو ترك).

(11) تقدم تخريجه في باب استعمال الشيء المغصوب، من كتاب الغصب: **173/9**.

ولأن منافعَها غير مملوكة له؛ فليس له شغلها على صاحبها ولا له حرمة؛ فوجب أن يكون لصاحبها[1] قَلْعه[2].

قال الأبهري: هذا إذا كان في وقت الزرع؛ لأنَّه أحق بأرضه والانتفاع بها من الغاصب.

قال ابن يونس: ويلي قلعه المُتعدي[3].

وإن شاء ترك الزرع فيها وأخذ منه كراء مثلها مؤاخذةً له بغصبه؛ لأن إقدامَه على الزرع[4] رضًا منه باستيفاء منافع الأرض إلى انقضاء أمد الزراعة؛ فكان لربِّ الأرض أن يأخذ منه كراء أرضه.

قال ابن القاسم: وإذا كان الزرع صغيرًا ولا منفعة فيه للغاصب إذا قلع؛ قُضِيَ به لربِّ الأرض بلا ثمن، ولا زريعة ولا شيء[5].

يريد: كالنقش والتزويق[6].

واختُلِفَ إذا أدركها وقد فات إبان الزراعة، فقيل: هو بالخيار كما ذكرناه أولًا.

وقيل: لا خيار له، وليس له قلع[7] زرعها، وله أجر مثلها.

فوجه قوله: (إن له قلعه) قوله ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[8]، وليس للغاصب في أرض المغصوب حق فيقر[9] زرعه فيها، والأمر في ذلك إلى ربِّ الأرض إن شاء

---

(1) في (م): (لربها).

(2) قوله: (من غصب أرضًا فزرعها ... لصاحبها قلعه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 193.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 427.

(4) في (ز): (الغصب).

(5) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 339.

(6) قوله: (قال ابن القاسم: وإذا... كالنقش والتزويق) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 427.

(7) في (ز): (قطع).

(8) تقدم تخريجه في باب استعمال الشيء المغصوب، من كتاب الغصب: 173/9.

(9) في (ز): (فيقرر).

قلع[1] زرعه، وإن شاء تَرَكَه وكان له أجر المثل في أرضِه.

ووجه قوله: (ليس له قلعه[2]) -وهو قول محمد بن مسلمة- فلأنه لا ينتفع بذلك ويضر [م: **276**/ ب] بربِّ الزرع من غير منفعةٍ له، فلا يترك لذلك[3]، وقد قال ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[4].

ومن المجموعة قال مالك: وإذا أسبل الزرع فلا يقلع؛ لأنَّ قلعَه من الفساد العام للناس[5].

[فيمن غَصَب ثوبًا فلبسه، فنقصه اللبس]

(ومن غصب ثوبًا فلبسه؛ ضمن ما نقصه لبسه، فإن أبلاه بلبسه إياه؛ فربُّه بالخيار بين أخذِه وما نقصه اللبس وبين تركه وأخذ قيمته كلها.

وقد قيل: له ما نقصه لبسه، وليس له أخذ القيمة كلها وتركه)[6].

أما قوله: **(ومن غصب ثوبًا فلبسه ضمن ما نقصه لبسه)** فإنما قال ذلك؛ لأنه انتفع بملكِ غيره من غير ملكٍ ولا شبهةٍ؛ فلزمه قيمة ما انتفع به[7].

ولأنَّ اللبس جناية منه على ملكِ غيره؛ فكان لربِّ الثوب أخذه وما نقصته الجناية، فإن أبلاه بلبسه إياه؛ فربه بالخيار بين أخذِه وما نقصه اللبس، وبين تركِه وأخذِ قيمته.

وإنما ثبتت له الخيرة؛ لأنَّ الثوبَ باقٍ على ملكه، وكان له أخذه وما نقصه اللبس؛

---

(1) في (ز): (قطع).

(2) في (ز): (زرعه).

(3) في (ز): (وذلك).

(4) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: **414/5**.

(5) جملة (ومن المجموعة قال مالك ... العام للناس) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وقول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 340**.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 279** و**280** و(العلمية): **2/ 304**.

(7) قوله: (لأنه انتفع بملك غيره ... انتفع به) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 193**.

كالجناية المبتدأة، وله تركه وأخذ قيمته؛ لأنه لمَّا أبلاه الغاصبُ بلبسه إياه، فكأنه أتلف [ز: 781/ ب] جمعَيه، فلزمه قيمته.

وأما قوله: (**وقد قيل: له ما نقصه اللبس وليس له أخذ القيمة كلها وتركه**) فإنما قال ذلك؛ لأنَّ الثوب قائم لم يتلف، وإنما أتلف له بعض أجزائه؛ فوجب عليه[1] غرم ما أتلفه، أمَّا ما لم يتلفه؛ فلا غُرم عليه فيه.

[فيمن غصب أمةً فوطئها]

(ومن غصب أمةً فوطئها؛ فهو زانٍ وعليه الحدُّ وما نقصها وطؤه لها، ولم يلحق به ولدها، وكان عبدًا لسيدها)[2].

اعلم أنَّ من غصب أمة فوطئها؛ فهو زانٍ وعليه الحد وما نقصها وطؤه لها، وإنما وَجَبَ عليه الحد[3]؛ لأنَّه وطءٌ عن غصبٍ لا عن عقد، ولا[4] شبهةَ فيه كوطءِ الحرَّة، وإنما وجب عليه ما نقصها وطؤه لها؛ فلأنَّه أدخل على سيدها فيها عيبًا؛ فوجب عليه غُرم[5] قيمته[6].

وإن ولدت؛ لم يلحق به ولدها؛ لأنه وطءٌ عن غصبٍ لا شبهةَ فيه، وكان عبدًا لسيدها؛ لأنَّ ولد الأمة من غير سيدها ملكٌ لسيدها[7].

---

(1) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) جملة (وما نقصها وطؤه ... عبدًا لسيدها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

والتفريع (الغرب): 2/ 280 و(العلمية): 2/ 304.

(3) جملة (اعلم أنَّ من غصب أمة فوطئها ... عليه الحد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) عبارة (عن عقد، ولا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (غُرم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قوله: (وإنما وجب عليه ما نقصها وطؤه ... غُرم قيمته) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 163.

(7) قوله: (وإن ولدت؛ لم يلحق به ولدها ... ملكٌ لسيدها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 194.

[فيمن غصَب أمةً فولدت عنده من غيره]

(ومن غصب أمةً فولدت عنده من غيره، فمات ولدها؛ فلا ضمان عليه فيه.

فإن ماتت الأم وبقِيَ الولد[1]؛ فربها بالخيار بين أخذِ الولد ولا شيء له من قيمة الأم، وبين تركه وأخذ قيمة الأم.

ولو وجدهما جميعًا[2] حيَّيْن؛ كان له أخذهما جميعًا.

ولو ماتا جميعًا؛ كان له قيمة الأم دون قيمة[3] ولدها)[4].

اعلم أنَّ من غصب أمةً فولدت عنده من زنا أو منه؛ فللمغصوب منه أن يأخذ الأمة والولد؛ لأنه ولد أمته، وولد الأمة من غير سيدها تابعٌ لها في الرق -كما قدَّمناه- وهو ملكٌ لسيدها[5].

واختُلِفَ إذا مات الولد فقال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يضمنه[6]؛ لأنه لم يوجد من الغاصب قصدٌ إلى غصبهم على الانفراد؛ بل هم تابعون للأم، فحُكْمهم حكم جزء من أجزائها؛ كاليد والرجل.

وإن تلفوا بأمرٍ من الله تعالى؛ فلا ضمان عليه فيهم[7]، وإن أتلفهم الغاصب؛ ضمنهم.

ولأن الولد لمَّا كان تابعًا للأم في الملك[8] والحرية؛ لزم أن يكون مضمونًا بطريق تبعيَّته لضمان الأم، ولا يكون له حكم الاستقلال في الضمان؛ كالرجل واليد[9].

---

(1) في (م): (ولدها).

(2) كلمة (جميعًا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) كلمة (قيمة) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): **2/ 280** و(العلمية): **2/ 304**.

(5) انظر النص المحقق: **188/9**.

(6) ما يقابل كلمتا (لا يضمنه) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

قول ابن القاسم بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5777**.

(7) كلمة (فيهم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (ز): (الرق).

(9) كلمتا (كالرجل واليد) يقابلهما في (م): (كاليد والرجل) بتقديم وتأخير.

وقال أشهب في كتاب ابن المواز: هو ضامنٌ له بالقيمة يوم ولدته.

قال اللخمي: وهو أحسن؛ لأنه مغصوبٌ، وقد كان ردُّه واجبًا عليه ومأمورًا به، ومتى [م: 277/ أ] لم يرده؛ فهو عاصٍ بترك الرد غاصبٌ له[1]؛ فوجب عليه ضمانه يوم الولادة؛ إذ هو يوم الغصب في الولد.

وإن ماتت الأم وحدها؛ كان عند ابن القاسم بالخيار بين أن يأخذ قيمة الأم يوم الغصب ولا شيء له في الولد، أو يأخذ الولد ولا شيء له من قيمة الأم؛ لأنَّ الولد عضوٌ من أعضائها، فذهابها دون ولدها كذهاب بعضها.

فإذا ذهب بعضها؛ كان[2] بالخيار بين أن يأخذ القيمة يوم الغصب ولا شيء له في الباقي، أو يأخذ الموجود[3] ولا شيء له في التالف[4].

وقال أشهب: لربِّ الأمةِ أن يلزم الغاصب قيمة الأم يوم غصبها ويأخذ الولد كسلعتين غصبهما تلفت إحداهما وبقيت الأخرى؛ [ز: 782/ أ] فلربِّها أخذ الباقية، وقيمة التالفة[5].

قال أبو إسحاق التونسي: وقول أشهب ليس بجيِّد؛ لأنه إذا غرم الغاصب القيمة في الأم يوم الغصب، فإن الحادث[6] عن الأم للغاصب، فكيف يصح أن يأخذه منه أو يغرمه قيمة موتها[7]؟!

وأما قوله: (إذا كانا حيين؛ فله أخذهما جميعًا) فهذا لا إِشكال فيه، وإذا ماتا جميعًا؛ فله قيمة الأم يوم الغصب خاصَّة؛ إذ هي المغصوبة دون الولد.

---

(1) في (م): (به).

(2) جملة (فذهابها دون ولدها ... بعضها؛ كان) يقابلها في (ز): (فهو).

(3) في (ز): (المولود).

(4) من قوله: (وقال أشهب في كتاب) إلى قوله: (ولا شيء له في التالف) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5777، 5778.

(5) قول أشهب بنحوه في الأحكام، لابن حبيب (بتحقيقنا)، ص: 154.

(6) ما يقابل عبارة (الأم يوم الغصب، فإن الحادث) مطموس في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (قيمة موتها) مطموس في (م).

وقال أشهب: له قيمة الولد والأم؛ لأنَّه في كلِّ يوم غاصب ثمن رجل[1]، فلزمه ضمانها كسلعتين غصبهما[2].

فإن زوَّجها الغاصب من رجلٍ ودخل بها الزوج على أنها أمة ولم يعلم بالغصب؛ كان لربها أخذها وأخذَ ولده رقًّا، ويثبت نسبه منها[3]، ويكون ملكًا لسيد أمه.

وإن تزوَّجها[4] على أنها حرَّة، ثم تبيَّن أنها أمة مغصوبة؛ كان لربها أخذها وفسخ نكاحه، وكان على الزوج قيمة ولدها، ويثبت نسبه من أبيه ويكون حرًّا[5]؛ لأنَّ الأب لم يدخل على إرقاق ولده، وإنما دَخَل على حريَّته.

[في العبد يُقتل عند غاصبه]

(ومن غصب عبدًا فقتله عنده قاتل؛ فربُّه بالخيار بين تضمين الغاصب قيمته يوم غصبه، أو تضمين[6] القاتل قيمته يوم قتله.

فإن أخذ من الغاصب قيمته يوم غصبه؛ فللغاصب على القاتل قيمته[7] يوم قتله[8].

وإن قتل الغاصب العبد بعد أن غصبه؛ فلربه أخذ قيمته يوم غصبه، وإن شاء أخذ منه قيمته[9] يوم قتله، الخيار إليه في ذلك)[10].

اعلم أن مَن غَصَب عبدًا فقتله عنده قاتل؛ فربُّه بالخيار إن شاء ضمَّن الغاصب قيمته يوم

---

(1) كلمتا (ثمن رجل) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(2) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 390.

(3) كلمة (منها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (زوجها).

(5) قوله: (فإن زوجها... حرًا) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 75 و76.

(6) في (م): (يضمن).

(7) كلمة (قيمته) ساقط من طبعة دار الكتب العلمية.

(8) في (ز): (غصبه).

و جملة (فإن أخذ من الغاصب قيمته ... يوم قتله) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) كلمتا (منه قيمته) يقابلهما في (م): (قيمته منه) بتقديم وتأخير.

(10) عبارة (الخيار إليه في ذلك) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

والتفريع (الغرب): 2/ 280 و281 و(العلمية): 2/ 305.

الغصب، وإن شاء ضمَّن القاتل قيمته يوم القتل؛ لأنَّ العبد لم يزل على ملكِ ربه.

وإنما ضمانه من الغاصب؛ بسبب وضع يده عليه، فالقاتل الأجنبي إنما عدا[1] على العبد وهو على ملك ربه، فكان لربِّ العبد أخذه بسبب عداه على ملكه[2]، ولمَّا كان الغاصب[3] ضامنًا لكلِّ ما أصابه؛ كان له أن يضمِّنه أيضًا، فإن ضَمِنَ الغاصب قيمته يوم الغصب؛ رجع الغاصب على القاتل فأخذ[4] منه قيمته يوم قتله، وصار كأنَّ القتل طَرَأ على ملكه.

فإنِ اختلفَت القيم فكانت قيمته يوم الغصب مائة، وقيمته يوم القتل ثمانين؛ كان له أن يغرم الغاصب مائة، ويرجع الغاصب على القاتل بثمانين، وله أن يأخذ من القاتل ثمانين؛ لأنَّه غريم غريمه، ويرجع على الغاصب بعشرين؛ إلا أن يريد بقبضِه من القاتل رفع حكم الغصب؛ فلا يرجع عليه [م: **277**/ ب] بشيء[5].

فإن كانت قيمته يوم القتل [ز: **782**/ ب] أكثر من قيمته يوم الغصب، فهل يرجع على الغاصب بما غرم خاصة، أو يرجع عليه بالقيمة بالغةً ما بلغت؟

فقال ابن المواز: له الرجوع بقيمته يوم القتل، وهو ظاهر كلام ابن الجلَّاب.

وقال ابن المواز: لأنه لمَّا ضمَّنه قيمته يوم الغصب، فقد ملَّكه إياه يومئذٍ، فنماؤه له ونقصانه عليه.

وقال أشهب: إنما يرجع بمثل ما غرم؛ لأنَّه لا يربح[6] فيما غصب.

قال: فإذا رجع بمثل ما غرم؛ فلا حجة له[7].

---

(1) كلمتا (إنما عدا) يقابلهما في (ز): (إنما هو عدا).

(2) في (ز): (ماله).

(3) في (ز): (العبد).

(4) في (ز): (فيأخذ).

(5) قوله: (فإن اختلفت القيم فكانت قيمته ... عليه بشيء) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5767**.

(6) في (ز): (يرجع).

(7) من قوله: (فقال ابن المواز: له) إلى قوله: (فلا حجة له) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: =

واختُلِف فيمن غصب عبدًا وقيمته مائة فزاد سُوقُه إلى أن صار مائتين، ثم قتله الغاصب؛ فليس للمغصوب منه إلا قيمته يوم الغصب وهي مائة، قاله ابن القاسم[1].

وقال ابن الجلَّاب: (الخيار لربِّه في ذلك إن شاء أخذ منه[2] قيمته يوم الغصب، وإن شاء أخذ منه قيمته يوم القتل) وقاله ابن القاسم في "الدمياطية"[3].

لأنَّ من حُجَّةِ رب العبد أن يقول للغاصِب: أنا أسقطت عنك الغصب، وآخذك بالتعدِّي[4].

[فيمن غصب ثوبًا فصبغه صبغًا يُنْقصه]

(ومن غصب ثوبًا فصبغه صبغًا يُنْقصه؛ فلربه أخذه ناقصًا، أو تركه وأخذ قيمته من غاصبه يوم غصبه.

وإن صبغه صبغًا يزيد في ثمنه؛ فإن شاء ربُّه أخذه ودفع للغاصب ما زاد [الصبغ][5] في ثمنه[6]، وإن شاء تركه وأخذ قيمته.

فإن أبى ربه أخذه ويعطي زيادة[7] الصبغ، وأبى الغاصب أن يعطي قيمته؛ بِيعَ الثوبُ، ودفع إلى ربه قيمته من ثمنه، وكان الفاضل لغاصبه الذي غصبه)[8].

اعلم أن من غَصَبَ ثوبًا فصبغه صبغًا ينقصه؛ فربه بالخيار إن شاء أخذه ناقصًا، وإن

= 10/ 327.

(1) قوله: (واختلف فيمن غصب ... قاله ابن القاسم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 384.

(2) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (الخيار لربه في ذلك إن شاء ... القاسم في الدمياطية) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5766.

(4) قوله: (لأنَّ من حجة ... وآخذك بالتعدِّي) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 384.

(5) كلمة (الصبغ) زيادة أتينا بها من طبعتي التفريع.

(6) كلمتا (في ثمنه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) كلمتا (ويعطي زيادة) يقابلهما في (ز): (ويعطي الغاصب زيادة) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 281 و(العلمية): 2/ 305 و306.

شاء تركه وأخذ قيمته يوم الغصب؛ لأنَّ التعدي[1] بالصبغ إنما وَقَع على الثوب وهو في ضمان الغاصب.

فأمَّا إن كان[2] يؤاخذه بالغصب، فيأخذ منه القيمة يوم الغصب، أو يسقط عنه الغصب ويأخذ ثوبه، وليس له أن يأخذ منه الثوب وما نقصه الصبغ، وهذا بخلاف ما إذا غصب ثوبًا فلبسه ونقصه لبسه؛ فإن لربِّ الثوب أخذه وما نَقَصه اللبس.

والفرق بينهما هو أنَّ اللبس جناية انتفع بها وصون ماله بسببها[3]؛ فلزم الغرم، أما الصبغ فلم يجر له فيه نفع؛ بل تضرَّر بالخسارة فيه.

فإن صبغه صبغًا يزيد في ثمنه؛ فصاحبه بالخيار إن شاء أَخَذَه ودفع قيمة الصبغ، وإن شاء ضمَّنه قيمته يوم الغصب.

وإنما خُيِّر رب المال؛ لأنَّ الثوب ملكه [ز: 783/ أ] ولا يمنع أحدٌ من أخذ ماله، ولأنه لا يشاء بعد[4] أن يصل إلى غرضه فيما لم يتمكَّن من شرائه؛ إلَّا إن تعدى فيه وغرم قيمته، وأخذه بغير اختيار ربه[5].

واختُلِف إذا أحبَّ أن يأخذه ويدفع العوض، هل يدفع قيمة الصبغ أو ما زاد الصبغ في ثمنه؟

فقال ابن الجلَّاب رَحِمَهُ اللَّهُ: (للمغصوب منه الثوب أخذُه، ويدفع ما زاد الصبغ، فإن لم يزد شيئًا[6]؛ فلا شيء عليه).

وقال في "المدونة": يعطيه قيمة الصبغ[7].

---

(1) في (م): (العداء).

(2) كلمة (كان) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (شبهًا).

(4) عبارة (لا يشاء بعد) يقابلها في (ز): (متعدٍّ).

(5) كلمتا (اختيار ربه) يقابلهما في (ز): (اختياره).

(6) كلمة (شيئًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 371.

قال بعض علمائنا: لأنَّه قد غرم فيه قيمة[1] محققة، فإعطاؤه دونها ظلمٌ عليه.

وقال أشهب في كتاب ابن المواز: لا شيء عليه في الصبغ، كمَنْ بنى بيتًا لا قيمة له بعد القلع، وجعله كالتزويق[2].

وقال محمد بن مسلمة: إن نقصه الصبغ؛ غرم النقص، وإن زاد لم يكن له فيه شيء؛ إلَّا أن يكون إن غُسل خرج منه شيء له قيمة، فيكون صاحبه بالخيار إن شاء أعطاه [م: **278**/ أ] الثوب فغسله، وإن شاء أعطاه قيمة ما يخرج منه؛ لأنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[3].

وقال عبد الملك: له أخذ ثوبه ولا شيء عليه من الصبغ[4]، ولا حجة للغاصب؛ لقول رسول الله ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**».

ووجه قول ابن الجلَّاب رَحِمَهُ اللهُ هو أنَّ الغاصب قد حصلت له في الثوب ماليَّة محقَّقة، وهو وإن ظُلِمَ، فلا يَظْلِم، ولنا طريق في إيصال كل أحدٍ إلى حقِّه، وهو أوْلَى من إعطائنا مال الغاصب للمغصوب منه بغير عوض، فيقال لربِّ الثوب: ادفع إلى الغاصب[5] ما زاد في ثمنه؛ لأنَّ ربَّ الثوب مستحق لقيمة ثوبه على الكمال، والزائد على قيمة ثوبه لا يستحقه، وإنما هو حقٌّ للغاصب فأعطِه إياه، ولا يلزمه أن يعطيه قيمة الصبغ؛ لأنَّ الغاصب متعدٍّ في الصبغ غير مأذونٍ له فيه؛ فلا يلزم المغصوب منه قيمة فِعله الذي تعدَّى فيه؛ لقوله ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[6].

فإن أبى ربُّ الثوب أَخذَه ويُعطِي زيادة الصبغ؛ قيل للغاصب: إن أردت جَمْع مالك

---

(1) كلمتا (فيه قيمة) يقابلهما في (ز): (قيمة فيه) بتقديم وتأخير.

(2) قوله: (وقال أشهب في كتاب ... وجعله كالتزويق) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 436**.

(3) تقدم تخريجه في باب استعمال الشيء المغصوب، من كتاب الغصب: **173/9**.

(4) من قوله: (وقال محمد بن مسلمة) إلى قوله: (عليه من الصبغ) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5817**.

(5) كلمتا (إلى الغاصب) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(6) تقدم تخريجه في باب استعمال الشيء المغصوب، من كتاب الغصب: **173/9**.

على نفسك فخُذ الثوب، وادفع إلى ربِّه قيمته أبيض، فإن أبى؛ لم يلزمه، فإن أبى ربُّه أن يأخذه ويعطي زيادة الصبغ، وأبى الغاصب أن يعطي قيمته بغير صبغ؛ بِيعَ الثوبُ ودفع إلى ربه قيمته [غير مصبوغ][1] من ثمنه؛ لأنَّه مستحِقٌّ لها على جهة[2] الكمال، وكان الفضل لغاصبه[3].



(1) كلمتا (غير مصبوغ) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من كافي ابن عبد البر.

(2) ما يقابل عبارة (مستحقٌّ لها على جهة) مطموس في (م).

(3) قوله: (فإن أبى ربُّ الثوب أخذه ... الفضل لغاصبه) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 847** و**848**.

بابُ القضاء في الاستحقاق والتعدِّي[1]

(ومن عمَّر أرضًا لا يظنها لأحدٍ، ثم استحقَّها ربها؛ فله أخذُها عامرةً، ودفع قيمة عمارتها [ز: 783/ ب] إلى الباني فيها.

فإن أبى ذلك؛ كان لصاحب البناء؛ دفع قيمتها غير مبنية.

فإن أبى ذلك؛ كانا شريكين في الأرض وبناؤها لصاحب البناء بقدر بنائه، ولصاحب الأرض بقدر قيمة أرضه)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي أن أبا بكر الصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أقطع رجلًا أرضًا، فأحياها وغرس فيها، ثم جاء آخر فاستحقَّها، فاختصما في ذلك إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، "فقضى للأول أن يعطيه قيمة ما أحيا"، فقال: لا أفعل، فقال للآخر: "أعطِه قيمة أرضه بيضاء" فلم يفعل "فقضى أن تكون الأرض بينهما؛ هذا بقيمةِ أَرْضِه، وهذا بقيمة عمارته"[3].

قال عبد الوهاب: وإنما قلنا: (يبدأ مالك الأرض بالخيار)؛ لأنه أقوى سببًا[4]؛ لكون الأرض له، والمحيي عمَّر في شبهةِ ملك، فكان صاحب الملك[5] مقدَّمًا عليه[6].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللهُ: ولأنَّ حقَّه متقدِّم على حق[7] الثاني، والثاني داخل عليه.

وإنما قلنا: (يعطيه قيمة البناء[8] قائمًا) لأنه لم يتعدَّ في البناء فيطالب بالقلع، وإنما دخل على أنه يبني[9] في ملكه، فكان لبنائه حُرمة.

---

(1) جملة (بابُ القضاء في الاستحقاق والتعدِّي) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 282 و(العلمية): 2/ 306.

(3) الأثر بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 506.

(4) في (ز): (عينًا) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) كلمتا (صاحب الملك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(6) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 197.

(7) عبارة (متقدِّم على حق) يقابلها في (ز): (مقدَّم لحق).

(8) كلمتا (قيمة البناء) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(9) في (ز): (يثبت).

وإنما قلنا: (إذا بذل القيمة لزم[1] الثاني أخذها) لأنَّ الضرورة قد زالت عنه بالاستحقاق؛ لحصول القيمة.

وإنما قلنا: (إن القيمة تكون يوم الحكم) لأنَّ قبل ذلك لم يجز[2] أخذها للمستحق.

وإنما قلنا: (إن الخيار ينتقل إلى الثاني إذا أبى المستحق) ليزول الضرر عنهما، فيقال للباني: ادفع إليه قيمة براحه، فإن أجاب إلى ذلك[3] وأبى المالك؛ أُجبر على أخذه؛ لأن الباني يقول: لا أختار أن يكون لي بناءٌ في ملك غيري؛ فيكون له ذلك، فإن أبيا؛ كانا شريكين.

وإنما قلنا: (إنهما [م: **278**/ ب] يكونان شريكين) لأن كلَّ واحدٍ منهما له حق لا يجوز إبطال حق الآخر له، وليس إلا الإجبار أو البقاء على الشركة[4].

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بقدر[5] قيمة ما لكلِّ واحدٍ منهما من قيمة الأرض وقيمة البناء، فيكون لصاحب الأرض من ذلك كله[6] بقدر قيمة الأرض بلا بناء[7]، ولصاحب البناء بقدر قيمة البناء بلا أرض، فيشتركان في الأرض والبناء على حسب ذلك.

وقال ابن الماجشون: تقوَّم الأرض براحًا، ثم تقوَّم بعمارتها، فما زادت بالعمارة على قيمتها براحًا؛ كان العامر شريكًا به لربِّ الأرض فيها إن شاء قسمًا[8] أو إحياءً.

والصواب أن يقوَّم لكل واحدٍ عين شيئه على حِدَة، وأما بما زادت العمارة، فقد لا تزيد العمارة في مثل هذه الأرض شيئًا، وأن كونَها براحًا أثمن لأعمال البقول ونحوها، فإذا

---

(1) كلمتا (القيمة لزم) يقابلهما في (ز): (قيمته يلزم).

(2) في (م): (يجب).

(3) كلمتا (إلى ذلك) يقابلهما في (ز): (لذلك).

(4) من قوله: (وإنما قلنا: يعطيه فإنما) إلى قوله: (البقاء على الشركة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ **197** و**198**.

(5) في (ز): (فنقدر).

(6) كلمة (كله) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمتا (بلا بناء) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(8) في (ز): (اقتسما).

قوِّمت على ما قاله ابن الماجشون؛ ذهب عمل العامل [ز: 784/ أ] باطلًا، وهو غير متعدٍّ، والله أعلم.

قال أبو بكر بن الجهم: إذا دفع ربُّ الأرض قيمة العمارة وأخذ أرضه؛ كان له كراء ماضي السنين(1).

[فيمن اشترى دارًا فاستحقت بعد استغلالها]

(ومن اشترى دارًا فاستحقَّت وقد استغلها؛ فليس عليه رد الغلَّة على ربها، وكذلك العبد)(2).

والأصل في ذلك ما خرَّجه الترمذي عن عائشة رضي الله عنها أنَّ رسول الله ﷺ قَضَى أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، حديث حسن(3).

وخرَّج أيضًا عن عائشة رضي الله عنها أن رجلًا ابتاع غلامًا، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيبًا، فخاصمه إلى النبيِّ ﷺ فردَّه عليه، فقال الرجل يَا رَسُولَ اللهِ، قَدِ اسْتَغَلَّ غُلَامِي، فقال له رسول الله ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»(4).

قال الأبهري رحمه الله: ولأنَّ هذه الأشياء لو تلفت؛ كان تلفها من المشتري بالقيمة إن كان البيعُ فاسدًا، وإن كان صحيحًا فبالثمن؛ فَوَجب أن يكون خراجها له لهذه العلَّة، والله أعلم.

---

(1) من قوله: (وقال ابن الماجشون: تقوَّم) إلى قوله: (كان له كراء ماضي السنين) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 429.

ومن قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي أن أبا بكر) إلى قوله: (كان له كراء ماضي السنين) نقله الفاكهاني بنحوه في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): 6/ 135 و136.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 282 و(العلمية): 2/ 307.

(3) تقدم تخريجه في استعمال الشيء المغصوب من كتاب الغصب: 356/6.

(4) حسن لغيره، رواه أبو دواد: 3/ 284، في باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، من أبواب الإجارة، برقم (3510).

وابن ماجة: 2/ 754، في باب الخراج بالضمان، من كتاب التجارات، برقم (2243) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

[فيمن باع ماشية تعدو في زروع الناس]

(وما أفسدته المواشي بالليل من النخل والزرع[1] والشجر والثمر؛ فضمان ذلك على أربابها.

وإن زاد على قيمتها، وما أفسدته المواشي[2] من ذلك بالنهار؛ فلا ضمان على أربابها فيها.

وما أتلفته من الأموال سوى الزرع والثمار من النفوس والعروض؛ ليلًا كان[3] أو نهارًا؛ فلا ضمان عليهم فيه)[4].

والأصل في ذلك ما خرَّجه أبو داود عن البراء بن عازب أنه كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطًا فأفسدت [فيه][5]، فسُئِل[6] رسول الله ﷺ فيها

فَقَضَى أَنَّ حِفْظَ الْحَوَائِطِ بِالنَّهَارِ عَلَى أَهْلِهَا، وَأَنَّ حِفْظَ الْمَاشِيَةِ بِاللَّيْلِ عَلَى أَهْلِهَا، وَأَنَّ عَلَى أَهْلِ الْمَاشِيَةِ مَا أَصَابَتْ مَاشِيَتُهُمْ بِاللَّيْلِ»[7].

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولأنَّ على أربابِها حفظها بالليل؛ إذ لا ضرورة بهم إلى إخراجها وتسريحها للرعْي[8]، فمتى أطلقوها فأفسدت زرع قوم؛ كان[9] عليهم الغرم؛ إذ هم

---

(1) كلمتا (النخل والزرع) يقابلهما في (م): (الزرع والنخل) بتقديم وتأخير.

(2) كلمة (المواشي) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (كان) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) في (ز): (فيها).

و التفريع (الغرب): 2/ 282 و283 و(العلمية): 2/ 310.

(5) كلمة (فيه) زيادة أتينا بها من سنن أبي داود.

(6) في (م): (فكلم).

(7) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 298، في باب المواشي تفسد زرع قوم، من أبواب الإجارة، برقم (3570).

والحاكم في مستدركه: 2/ 55، في كتاب البيوع، برقم (2303)،- بإسناد قال عنه: صحيح على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي، فإن معمرًا قال: عن الزهري، عن حرام بن محيصة، عن أبيه- كلاهما عن حرام بن محيصة الأنصاري، عن البراء بن عازب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.

(8) في (ز): (للراعي).

(9) في (ز): (فإن).

مفرِّطون كذلك.

فأمَّا في النهار؛ فلا غُرم عليهم لما أفسدت من الزرع؛ لأنَّ بهم حاجة وضرورة إلى إرسالها للرعي[1]، ووجب على أهل الحوائط حفظ حوائطهم[2] بالنهار، فمتى لم يفعلوا ذلك؛ فهم مُفرِّطون مُضَيِّعون، ولا نعلم خلافًا أنه لا شيء على أرباب الماشية بالنهار.

قال محمد بن سحنون: وإنما ذلك بالمدينة؛ لأن حوائطَهم محظورة، وأما السواحل [م: 279/ أ] وشبهها؛ فيضمن أربابها ما أفسدت بليلٍ أو نهار.

وقال بعض أصحابنا: ولو كانت الزروعُ[3] كثيرة ممتدَّة لا يقدر أربابها على حراستها؛ لم يكن على أهل المواشي شيءٌ.

ولو عكس [هذا][4] لكان أَوْلَى؛ لأنَّهم إذا كان الأمر [ز: 784/ ب] كذلك؛ كان[5] على أربابها ألا يخرجوها إلا براعٍ يرعاها[6].

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا كانت المواشي تعدو في[7] زرع الناس، فأرى أن تغرَّب وتُباع ببلادٍ لا زرع فيها؛ إلا أن يحبسها أربابها عن الناس[8].

قال بعض أصحابنا: وعلى البائع أن يُبَيِّن أنها تعدو؛ لأنه عيبٌ لا بدَّ من بيانه.

قال مالك: وإذا عرف أنها تعدو في زروع[9] الناس، وتقدم إلى أربابها في ذلك، فما أصابت في ليلٍ أو نهار؛ ضمنه أربابها، وإن كان أكثر من قيمتها، بخلاف جنايات العبيد؛ لأن

---

(1) في (ز): (للراعي).

(2) كلمتا (حفظ حوائطهم) يقابلهما في (ز): (حفظها).

(3) في (ز): (الزرع).

(4) اسم الإشارة (هذا) زيادة أتينا بها من جامع ابن يونس.

(5) في (ز): (فإن).

(6) من قوله: (قال محمد بن سحنون: وإنما) إلى قوله: (إلا براعٍ يرعاها) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 245 و246.

(7) في (ز): (إلى).

(8) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 157، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 53.

(9) في (ز): (زرع).

هذه لا تَعقِل، فكأن أربابها [هم][1] المفسدون لما أصابت؛ إذ لم يمسكوها[2].

قال مالك: ويقوَّم الزرع الذي أفسدت على الرجاء والخوف[3].

وأما قوله: (وما أتلفت من الأموال سوى الزرع والثمار من النفوس والعروض ليلًا أو نهارًا؛ فلا ضمان على أربابها) لقوله ﷺ: «**جَرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ**»[4]، والجبار: الهدر[5].

قال مالك -رحمة الله عليه-: ومن وَجَدَ دابةً في زرعه فربطها[6] حتى ماتت؛ ضمنها[7].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنه متعدٍّ بربطِها[8]، فإذا تلفت فعليه قيمتها؛ لأنها تلفت بجنايتِه وفعلِه.

[فيمن اشترى أمة فأولدها، ثم استحقَّها سيدها]

(ومن اشترى أمةً فأولدها، ثم استحقَّها سيدها؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن السيد يأخذ الأمة وقيمة ولدها من واطئها.

---

(1) كلمة (هم) زيادة أتينا بها من جامع ابن يونس.

(2) من قوله: (قال بعض أصحابنا: وعلى) إلى قوله: (إذ لم يمسكوها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 244** و**245**.

(3) قول الإمام مالك بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: **309**.

(4) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **5/ 1276**، في باب جامع العقل، من كتاب العقول، برقم **(654)**.

والبخاري: **9/ 12**، في باب المعدن جبار والبئر جبار، من كتاب الديات، برقم **(6912)**.

ومسلم: **3/ 1334**، في باب جرح العجماء، والمعدن، والبئر جبار، من كتاب الحدود، برقم **(1710)** جميعهم بألفاظ متقاربة عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(5) قوله: (والجبار: الهدر) بنصِّه في الصحاح، للجوهري: **2/ 608**.

(6) في (ز): (فضربها).

(7) قول الإمام مالك بنحوه في أجوبة ابن سحنون، ص: **268**.

(8) في (ز): (بضربها).

والأخرى أنه يأخذ قيمة الأمة مِنْ واطئها، فتكون أم ولدٍ له، ولا شيء للسيد[1] في ولدها.

ولو ولدت أولادًا ثم ماتوا[2]؛ لم يكن له فيمن مات منهم قيمة.

ولو استحق قيمة الولد على الأب فوجده معسرًا والولد موسرًا؛ أَخَذَها من الولد، ولم يرجع بها الولد على الأب[3].

وإذا غرمها الأب وهو موسرٌ؛ لم يرجع بها على الولد موسرًا كان الولد أو معسرًا.

ولو قَتَل الولدَ قاتلٌ، فأخذ الأب ديته، ثم استحقَّ سيدُ الأمة قيمته؛ كان على الأب الأقل من ديته أو قيمته)[4].

اعلم أن من اشترى أمةً[5] فوطئها، ثم استحقَّها سيدها، فإن كانت ثيِّبًا؛ لم يكن عليه شيءٌ؛ لأنَّ ذلك لا ينقصها.

واختُلِفَ إذا كانت بِكرًا، فقال مالك وابن القاسم: لا شيء عليه.

وقال المغيرة: عليه صَدَاق المثل، والثيب والبكر في ذلك سواء.

قال اللخمي: فجعل ذلك مالكٌ بمنزلة التفكه، أو بمنزلة شيء لا يصون به ماله.

والقول الثاني أبيَن؛ لأنَّ ذلك مما يبذل له[6] المال بالشراء والتزويج[7].

فإن استحقَّها وقد ولدت عند المشترى منه؛ كان الولد حرًّا وليس للمستحق أن يأخذه.

واختُلِفَ في أخذِ قيمة الولد وفي أخذ الأم، فقال مالك مرةً: له أخذ الأم وقيمة الولد

---

(1) في (م): (له).

(2) كلمتا (ثم ماتوا) يقابلهما في طبعة دار الغرب والعلمية: (فماتوا كلهم).

(3) كلمتا (على الأب) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 283 و284 و(العلمية): 2/ 310.

(5) في (م): (جارية).

(6) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) من قوله: (واختلف إذا كانت) إلى قوله: (بالشراء والتزويج) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5851.

يوم الحكم[1].

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنَّ الأمةَ ملكه، فلم يخرج عن ملكه ببيعِ غيره إياها بغير أمره.

قال [ز: 785/ أ] الأبهري -رحمة الله عليه-: وإنما كان قيمة[2] الولد له يوم الحكم لا من قبل ذلك؛ فلأنَّ ذلك يوم الاستحقاق، فله قيمتهم حينئذٍ.

وقال أيضًا: يأخذ قيمتهما جميعًا يوم الحكم.

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنَّ الأمةَ ثبتت لها حرمة كحرمة[3] الولد، فصارت أم ولد للواطئ؛ لأنه وطئ[4] ما له أن يطأ في الظاهر، فلم يكن للمستحق أخذها، وكان له أخذ قيمتها، كما أن له ذلك في ولدها.

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والصحيح من القول أنَّ له أخذ الأمة وقيمة الولد، وإنما كان له أخذ قيمة الولد؛ لأنهم عبيده، فله أخذ قيمتهم؛ لأنَّه لا يجوز إخراجهم [م: 279/ ب] عن ملكه بغير بدل يُدفع إليه، وليس للسيد[5] أخذهم.

لأنَّ أباهم دخل على أن الولد حُرٌّ، وليس هو متعدِّيًا بالوطء؛ لأنَّه وطئ ما له أن يطأ في الظاهر، وكان له ولده حرًّا عليه بالقيمة، ثم رجع إلى أن يَأخذَ قيمتها وحدها يوم حملت، وبه أفتى لما استحقت أم ولده[6] إبراهيم، وبه أخذ ابن كنانة وابن دينار وابن الماجشون[7]، وأخذ ابن القاسم بقوله الأول[8].

واختُلِفَ في أخذ قيمة الولد، وفي أخذ الأم على ثلاثة أقوال:

أحدها أنه يأخذ الأمة وقيمة ولدها يوم الحكم عبدًا.

---

(1) قوله: (واختلف في أخذ ... يوم الحكم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5853**.

(2) كلمة (قيمة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) كلمة (كحرمة) يقابلها في (م): (حرمة بحرية).

(4) كلمة (وطئ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (ز): (له).

(6) في (م): (ولد).

(7) كلمة (و ابن الماجشون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) قوله: (لأنَّ أباهم دخل ... القاسم بقوله الأول) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5853**.

قال ابن المواز: وهو قول علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

والقول الثاني أنه يأخذ قيمتها وقيمة ولدها يوم يستحقها[1]؛ لأنَّ في ذلك ضررًا على المبتاع إذا أخذت منه؛ كان عارًا عليه وعلى ولده، وإذا أعطى المستحق قيمتها فقد أعطى[2]حقه، فإن امتنع؛ فهو مضار.

والقول الثالث أنه ليس على المبتاع إلَّا قيمتها يوم وطئها ولا قيمة عليه في ولدها.

فوجه القول الأول هو[3] أنها باقيةٌ على ملك ربها، واستيلاد الغير إياها لا[4] يمنع المالك أخذها، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يثبت لها حرمة الاستيلاد.

أصله: إذا ولدت من نكاح؛ لأنَّ اعتقاد الواطئ استباحة وطئها بالملك كاعتقاد ذلك بالنكاح.

وقد ثبت أنها لو[5] غرَّت من نفسها، فتزوجها رجلٌ على أنها حرةٌ فأولدها؛ فإن ذلك لا يمنع سيدها من أخذها؛ فكذلك في الشراء[6].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما كان له قيمة الولد يوم الحكم لا قبل ذلك، فلأنَّ ذلك يوم الاستحقاق؛ فله قيمتهم حينئذٍ.

ووجه القول الثاني هو أنه واطئ[7] بشبهة الملك، وشبهة كل عقد مردودة إلى صحيحه، وللضرر الذي يدخل على المبتاع وعلى ولده في أخذها، وربها[8] إذا دُفِعَت إليه قيمتها؛ لم

---

(1) قوله: (واختلف في أخذ ... ولدها يوم يستحقها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 392**.

(2) ما يقابل كلمتا (فقد أعطى) غير قطعي القراءة في (ز).

(3) كلمة (هو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) ما يقابل عبارة (واستيلاد الغير إياها لا) مطموس في (م).

(5) كلمة (لو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قوله: (فوجه القول الأول هو: أنها باقيةٌ ... في الشراء) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 196**.

و من قوله: (واختلف في أخذ) إلى قوله: (فكذلك في الشراء) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 214 و215**.

(7) في (ز): (وطءٌ).

(8) في (ز): (ففيها).

يضر[1]؛ فوجب ألا يأخذها؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[2].

ووجه قوله: (ليس له إلَّا قيمتها يوم الوطء) فلأنه وطئ ملك غيره بشبهة تَرْفَع عنه[3] الحد، فلزمه غرم قيمتها.

أصله: إذا [ز: **785**/ ب] وطئ الأب أمة ولده، أو أمة له فيها شِرك.

قال ابن القاسم: ولو رَضِيَ المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها؛ لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، ويجبر حينئذٍ -في قولي مالك جميعًا- على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق[4].

وقال أشهب: هذا خطأ، وإنما كنت أقول: -لو قلت بهذا[5]- عليه قيمتها يوم أحبلها، ثم لا قيمة له في ولدها؛ لأنه في ملكه وُلِدَ[6]، ولأنها بالحمل خَرَجَت عن ملك سيدها ووجبت[7] له القيمة[8].

وأما قوله: (ولو ولدت أولادًا ثم ماتوا؛ لم يكن لهم فيمن مات منهم قيمة).

قال ابن محرز: وإنما لم يلزم الولد في الموت شيءٌ؛ لأن القيمة إنما يؤدِّيها عنهم مع بقائهم وثبوت حريتهم[9]، ونفي شبهة الرق عنهم، فإذا ماتوا؛ بطل ذلك.

وأما قوله: (ولو استحق قيمة الولد على الأب فوجده معسرًا والولد موسرًا[10]؛

---

(1) ما يقابل كلمة (يضر) غير قطعي القراءة في (ز).

(2) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: **414/5**.

(3) كلمتا (ترفع عنه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 160**.

(5) في (ز): (بها).

(6) قول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 392**.

(7) في (ز): (ووجب).

(8) من قوله: (ووجه القول الثاني: هو) إلى قوله: (ووجبت له القيمة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 215 و216**.

(9) في (ز): (حرمتهم).

(10) كلمتا (والولد موسرًا) ساقطتان من (ز).

أخذها من الولد، ولم يرجع بها الولد على أبيه) فهذا مما اختُلِفَ فيه على قولين:

أحدهما ما ذكره ابن الجلَّاب، وهو قول ابن القاسم.

والقول الثاني أنه لا شيء على الابن من قيمةِ نفسه في عدم الأب أو يسره[1].

فوجه قول ابن القاسم: هو أن الولد هو الذي تعدَّى[2]، فإذا كان الأب فقيرًا؛ لم يبطل حق المستحق.

قال اللخمي: ولو قيل: إن ذلك على الابن ابتداءً في يسر الأب؛ لكان وجهًا[3].

ووجه القول الثاني هو أنَّ القيمة إنما وَجَبَت على الأب، فلَمْ [م: **280**/ أ] تنتقل إلى الابن بعسرِه كسائر الحقوق.

(ولو قيل: الولد قاتل، فأخذ الأب ديته، ثم استحق سيد الأمة قيمته؛ كان[4] على الأب الأقل من ديته أو قيمته).

وقال أشهب: لا شيء للمستحق[5] من قيمة الولد، كما لو اقتصَّ الأب من قاتله، أو هرب قاتله، وكما لو ماتَ الولد وترك مالًا كثيرًا؛ لكان ذلك لأبيه خاصَّة[6].

ووجه ما ذهب إليه ابن الجلَّاب هو أنَّ السيد يستحق قيمة الولد، والقاتل خطأ متلفٌ لهذه القيمة بسبب إتلافه المقوم.

فإذا كانت الدية أقل منها؛ قيل له: لا شيء لك سوى الدية؛ لأنَّ الأب لم يتعدَّ لك على شيء حتى يجب عليه الغُرم، والقاتل إنما وَجَبَت عليه دية؛ لأنه إنما قتل حرًّا، فإذا

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 92**.

(2) في (م): (اعتدى).

(3) من قوله: (فوجه قول ابن القاسم) إلى قوله: (الأب؛ لكان وجهًا) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5859**.

(4) في (ز): (فإن).

(5) كلمة (للمستحق) يقابلها في (م): (على المستحق) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.

(6) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 176** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 289**.

أخذ الأب الدية؛ فليس لك عليه سوى ذلك؛ لأنها عوض النفس التي تستحق أنت بسببها القيمة[1].

وإذا كانت القيمة أقل؛ قيل له: ليس لك إلَّا القيمة؛ لأنَّ الزائد إنما كان بسبب كونه حرًّا؛ فلا حقَّ لك فيه، وإن قتل الولد عمدًا فاقتصَّ الأب من قاتله؛ لم يكن على الأب فيهم قيمة[2].

قال بعض المتأخرين: كموتهم، وقد فعل الأب ما يجوز له أن يفعل.

قال اللخمي رَحِمَهُ اللهُ: وكل هذا على مذهب مَنْ يرى أن القيمة يوم الحكم، وأمَّا على القول بوجوب القيمة يوم ولد، وألا ينظر [ز: **786**/ أ] إلى ذلك ولا إلى قوته، ولا إلى قتله عمدًا أو خطأً، ولا ينظر إلى ما أخذ قليلًا أو كثيرًا؛ لأنَّ القيمةَ ثابتةٌ عليه وإن لم يأخذ شيئًا[3].

فرع:

فلو صالح أبوه في العمد أو في الخطأ على أقلّ من الدية فقال ابن القاسم: يغرم الأب للمستحق القيمة[4] ما لم تكن أكثر مما أخذ؛ فلا يلزمه[5] غيره، ويرجع المستحق على القاتل -إن صالحه- على أقلّ من الدية بالأقل من بقية الدية أو بقية القيمة[6].

وقال أشهب رَحِمَهُ اللهُ: لا شيء على الأب فيما أخذ في الولد؛ لأنه أخذ دية حر، كما لو مات[7].

قال ابن القاسم: والقول في ولدها كالقول في ولد المستحقة بيد مشتريها سواء[8].

---

(1) ما يقابل كلمتا (بسببها القيمة) مطموس في (م).

(2) كلمتا (فيهم قيمة) يقابلهما في (ز): (قيمة فيه).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5856**.

(4) كلمة (القيمة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) في (ز): (يلزم).

(6) في (ز): (الدية).

(7) قوله: (فلو صالح أبوه في ... كما لو مات) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 396**.

(8) قول ابن القاسم بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): **3/ 501**.

واختُلِفَ هل يُقَوَّم الولد بماله أم لا؟

فقال ابن القاسم في "العتبية": يقوَّم[1] بغير مال[2].

وقال المخزومي: يقوَّم بماله[3].

واختُلِفَ إذا رضِيَ المستحق أن يأخذ القيمة وأحب الواطئ تسليمها، هل يمكَّن من ذلك أم لا؟

فقال ابن القاسم: وإذا رَضِيَ المستحق بأخذِ قيمة الأم وأحبَّ الواطئ تسليمها؛ لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، وجُبر حينئذٍ في قولَيْ مالك جميعًا على غرم قيمتها[4].

وقال أشهب: ذلك للواطئ ولا يُجبَر على دفعِ القيمة[5].

وأما قوله: (ولو ولدت أولادًا ثم ماتوا؛ لم يكن له فيمن مات منهم قيمة) فإنما ذلك؛ لأنهم ماتوا في ملكه ولم يكن لأبيهم[6] صنع فيهم.

قال الأبهري: وليس[7] يشبه هذا الغاصب إذا وَطِئَ؛ لأنَّ الغاصب زانٍ ولا حرمة لوطئه، وولده عبدٌ لسيد[8] الأمة ولا يثبت نسبه منه.

واختُلِفَ إذا استحقت قيمة الولد على الأب فوُجد معسرًا والولد[9] موسرًا، هل يؤخذ من الولد شيء أم لا؟

فقال ابن القاسم: يغرم الولد قيمة نفسه، ثم لا يرجع بها على الأب وإن أيسر.

---

(1) كلمة (يقوَّم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/ 73.

(3) قوله: (واختلف هل يقوم ... يقوم بماله) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5858.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 160.

(5) قوله: (واختلف إذا رضي المستحق ... على دفع القيمة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5854.

(6) في (ز): (لهم).

(7) في (ز): (ولكن).

(8) في (ز): (سيد).

(9) في (ز): (والأب).

وقال[1] غيره: لا شيء على الابن من[2] قيمته[3].

(ولو قتل الولد قاتل، فأخذ الأب ديته، ثم استحق سيد الأمة قيمته؛ كان على الأب الأقل من قيمته، أو ما أخذ من[4] ديته)[5].

قال أبو محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: على الرجاء والخوف.

قال ابن يونس: وهو الصواب؛ لأن الأب يقول: لو لم يقتلوا ما كان يلزمني إلَّا قيمتهم على الرجاء والخوف[6]، فإذا كان ذلك أقل مما أخذتُ من الدية؛ لم يلزمني غيره.

وقال بعض أصحابنا: يغرم الأقل مما أخذ، أو قيمة الولد عبدًا؛ لأن ولد أم الولد إذا [م: 280/ ب] قتل إنما يجب على القاتل قيمة عبده.

قال ابن يونس رَحِمَهُ اللَّهُ: وتشبيهه قتله بما يلزم أباه فيه غلطٌ؛ لأن[7] ولد الغارَّة قد جعل على الأب قيمتهم[8] على الرجاء والخوف تخفيفًا عنه؛ بخلاف ما يلزم القاتل فيهم.

قال ابن القاسم: فإن غرَّت مدبرة؛ ففي ولدها القيمة على رجاء[9] أن يعتقوا أو يرقوا؛ بخلاف ولد أم الولد[10].

---

(1) كلمة (وقال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (في).

(3) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 397** والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5859**.

(4) في (م): (في).

(5) قوله: (ولو قتل الولد قاتل ... ديته) بنصِّه في التفريع (الغرب): **2/ 284** و(العلمية): **2/ 310**.

(6) جملة (قال ابن يونس: وهو الصواب؛ لأن ... الرجاء والخوف) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) في (ز): (الأب)، وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(8) كلمتا (الأب قيمتهم) يقابلهما في (ز) و(م): (الأب فيهم قيمتهم) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(9) كلمة (رجاء) يقابلها في (ز): (الرجاء والخوف في) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 442**.

قال ابن يونس رَحِمَهُ اللهُ: يريد قيمتهم على أنهم يعتقون بموت السيد إذا حملهم الثلث، ولا دين على السيد، أو على أن يعتق ما حمل الثلث منهم، أو يرقوا إن كان على السيد دين، أو يموتوا قبل ذلك، والخوف في رقهم أشد منه في ولد[1] أم الولد؛ لأن العتق إنما يلحقهم في حال، ويمتنع في أحوال؛ فلذلك قال: بخلاف ولد أم الولد[2].

وقال ابن المواز: بل يغرم [ز: **786**/ ب] قيمتهم على أنهم عبيد؛ لأنهم يرقون أحيانًا ولا ينفذ لهم العتق إلَّا بعد الموت من الثلث[3].

قال ابن القاسم: وإن غرَّت مكاتبة من نفسها وولدت؛ فلا شيء لمولاها على أبي الولد؛ لأنهم إن عتقت أمهم؛ عتقوا بعتقها؛ إذ هم في كتابتها؛ إلا أن تعجز الأم فترجعُ رقيقًا، فيلزم الأب قيمة الولد، ولكن تؤخذ من الأب قيمتهم[4].

قال ابن المواز: عبيدًا.

[قال ابن القاسم][5]: فتوضع تلك القيمة على يدي رجل، فإن عجزت؛ أخذ القيمة السيد، وإن أدَّت؛ رجعت القيمة إلى الأب.

قال ابن المواز: وأحب إليَّ أن تعجل القيمة للسيد، فيحسبها في الكتابة إن كانت أقل منها أو مثلها، وإن كانت أكثر؛ لم يلزم الأب إلا الأقل من بقية الكتابة أو من[6] قيمة الولد[7].

قال ابن المواز: فأما المعتقة إلى أجل؛ فولدها بمنزلتها، وعلى الأب قيمتهم على

---

(1) كلمة (ولد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) جملة (لأن العتق إنما يلحقهم في ... أم الولد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) من قوله: (قال أبو محمد رَحِمَهُ اللهُ) إلى قوله: (الموت من الثلث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 291**.

(4) المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 209** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 442**.

(5) كلمتا (قال ابن القاسم) ساقطتان من (ز) و(م)، وقد أتينا بهما من جامع ابن يونس.

(6) كلمة (من) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) قول ابن المواز بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **1/ 663**.

أنهم أحرار إلى ذلك الأجل.

قال ابن القاسم[1]: وإن غرَّت الأمة عبدًا على أنها حرَّة، فتزوجها فولدت منه؛ فولدها رقٌّ لربها؛ إذ لابدَّ من رقِّه مع أحد الأبوين، فجعلهم تبعًا لهم؛ لأنَّ العبد لا يغرم قيمتهم[2].

قال ابن المواز: ويرجع [العبد][3] على[4] من غرَّه[5] بالمهر، ولا يرجع مَنْ غَرَّه عليها، وإن لم يغره منها أحد؛ رجع عليها بالفضل على صداق مثلها؛ لحجته أنه رغب في حرية ولده[6].

ولو أخذ الأب الدية وأنفقها؛ لم يكن للمستحق على العاقلة مقال؛ لأنهم غرموا بالحرية، والمقال فيها للأب، والسيد يستحق بالرق؛ فالمقال له على الأب.

ولو قتل الولد عمدًا؛ كان للأب[7] أن يقتص أو يعفو، ولا مقال للمستحق على الأب ولا على القاتل[8].

[في الأمة تغر من نفسها، فيتزوجها رجلٌ على أنها حرة]

(وإن غرَّت الأمة من نفسها، فادَّعت الحرية، فتزوجها رجلٌ على أنها حرةٌ فأولدها، ثم استحقها سيدها؛ ففيها روايتان مثل[9] المسألة التي قبلها)[10].

اعلم أنَّ الأمة إذا غرَّت من نفسها، فادَّعت الحرية، فتزوجها رجلٌ على أنها حرَّة،

(1) في (ز): (المواز) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 442.

(3) كلمة (العبد) زيادة من جامع ابن يونس.

(4) عبارة (ويرجع العبد على) يقابلها في (ز): (فترجع) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) في (ز): (غرَّ).

(6) من قوله: (قال ابن المواز: عبيدًا) إلى قوله: (رغب في حرية ولده) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 292 و293.

(7) كلمة (للأب) يقابلها في (ز): (على الأب).

(8) قوله: (ولو أخذ الأب ... ولا على القاتل) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5856.

(9) كلمتا (روايتان مثل) يقابلهما في (ز): (روايتان إحداهما مثل).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 284 و(العلمية): 2/ 312.

فأولدها ثم استحقها سيدها؛ فللسيد أخذها؛ لأنَّ منافع بُضْعها ملكٌ له، وغرورها على أنها حرة لا يُسقِطُ ملكه، وله أخذ قيمة الولد من الأب؛ لأنه دخل على أن يكونوا أحرارًا[1].

قال أشهب: ويصدَّق الزوج أنه تزوَّجها وهي حرة وإن لم يُقِم بينة، وعلى السيد البينة أنه[2] تزوجها أمة إن ادَّعى ذلك، ويَأْخُذ الولد وإلَّا فهو حرٌّ، وله قيمته حالَّة على الأب يوم يقضى بذلك للمستحق[3].

وذكر ابن الجلَّاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن السيد يأخذ قيمة الأم من واطئها، ولا شيء له في الولد.

ووجه ذلك هو أنه لمَّا كان [م: 281/ أ] الغرور مؤثرًا في زوال ملك الأولاد عن ملك سيدها؛ فليكن الغرور أيضًا مؤثرًا في زوال[4] ملكها، وللزوج أن يدفع قيمتها؛ لأن الزوج يلحقه من العار والضرر ما يلحق ولده، فجعل له أن يأخذها، كما كان ذلك [ز: 787/ أ] له[5] في الأولاد.

قال ابن القاسم: ومن تزوَّج امرأةً أخبرته أنها حرةٌ، ثم علم قبل البناء أنها أمة أَذِنَ لها السيد أن تستخلفَ رجلًا على إنكاحها[6]؛ فللزوج الفراق ولا صداق لها، وإن كان قد بنى بها؛ فلها المسمَّى إلَّا أن يزيد على صداق المثل؛ فتَرُد ما زاد[7].

قال ابن يونس: وبيانه أن لها الأقل من المسمَّى أو صداق المثل.

قال ابن القاسم: وإن شاء ثبت على نكاحه ولها المسمَّى.

---

(1) كلمتا (يكون أحرارًا) يقابلهما في (ز): (يكونوا أولاده أحرارًا).

وقوله: (الأمة إذا غرَّت من نفسها، فادَّعت الحرية ... يكونوا أحرارًا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 197.

(2) في (ز): (أن).

(3) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 399 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 220.

(4) جملة (ملك الأولاد عن ملك ... في زوال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (له) ساقطة من (م).

(6) في (ز): (نكاحها).

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 384 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 441.

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: فإن نقص المسمَّى عن صداق مثلها؛ أتـمَّ لها صداق[1] مثلها.

وقال أشهب: لا شيء عليه فيما نقص عن ذلك ولا حجة للسيد، كما لو زنى بها طائعةً[2].

قال ابن يونس: يريد: فلا يكون عليه شيء، فكذلك ما زاد على المسمَّى لا شيء للسيد فيه[3].

[في أم الولد تغر من نفسها، فتتزوج حرًّا فيولدها]

(وإذا غرَّت أمُّ الولد من نفسها [وادَّعت الحرية][4] فتزوجت حُرًّا فأولدها، ثم استحقها سيدها؛ فإن الأولاد[5] يقوَّمون على أبيهم على أنهم أحرار بعد موت سيد أمهم. فإن لم يقوَّم الولد حتى مات سيد الأم؛ فلا شيء لورثته؛ لأنهم قد عُتقوا بعتقها)[6].

اعلم أنَّ أم الولد إذا غرَّتْ رجلًا فتزوَّجها ثم استحقَّها سيدها؛ فله قيمة الولد على أبيهم على رجاء العتق لهم بموت سيِّد أمهم، وخوفًا أن يموتوا في الرقِّ قبله[7]، وليس قيمتهم على أنهم عبيد؛ لأنهم يعتقون؛ أي: بموت[8] أمهم.

قال الأبهري: ولأنَّ أباهم دخل على أن ولده حرٌّ، فلم يجز استرقاق ولده.

ولو مات سيد أمهم قبل القضاء له بقيمتهم؛ لم يكن لورثته من قيمة الولد شيء؛ لأنَّهم بموت السيد عتقوا، وإن ألفاهم السيد قد قتلوا؛ فللأب دية أحرار، وعليه الأقل مما

---

(1) كلمة (صداق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) قوله: (قال ابن القاسم: وإن شاء ثبت ... بها طائعةً) بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 1/ 661.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 288.

(4) كلمتا (وادَّعت الحرية) زيادة أتينا بها من طبعتي التفريع.

(5) في (ز): (الولد).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 284 و(العلمية): 2/ 312.

(7) كلمة (قبله) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) كلمتا (أي بموت) يقابلهما في (ز): (عند موت).

أخذ أو من قيمتهم يوم قتلوا[1].

[فيمن تعدَّى على بهيمة]

(ومن جنى على بهيمة جنايةً؛ فعليه ما نقص من ثمنها.

ومن تعدَّى على دابة رجلٍ فَقَطَع ذَنَبَها أو أذنها، أو شانها في محاسنها شَيْنًا فاحشًا، فإن كانت من دواب الركوب والزينة؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن عليه ما نَقَص من ثمنِها بالغًا ما بلغ.

والأخرى أن ربها بالخيار بين أخذِ قيمتها وتركها للجاني عليها، وبين أخذها معيبة وأخذ أرش عيبها.

وإن كانت من دوابِّ الحمل والنقل؛ فعليه ما نقص من ثمنها بالغًا ما بلغ؛ إلَّا أن تكون الجناية أذهبت جُلَّ[2] منافعها؛ فيكون فيها روايتان على ما بيَّناه)[3].

اعلم أن الجناية على ضربين:

جناية تُبطل يسيرًا من المنفعة وتُبقي جل المنفعة؛ فهذا يجب على الجاني ما نقص، وذلك بأن تقوَّم الدابة وقت الجناية صحيحة، وتقوَّم بالجناية، ويلزم الجاني ما بين القيمتَيْن.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ الذي يلزمه بَدَل ما أتلف.

والإتلاف إنما كان بهذا القدر من المنافع؛ فلم يلزمه ما زاد [ز: 787/ ب] عليه[4].

قال الأبهري: ولأنَّه قد[5] أتلف على صاحبها[6] شيئًا كان يملكه؛ فعليه قيمة ما أتلف من ذلك، كما لو أتلفها كلها؛ لكان عليه قيمتها.

---

(1) قوله: (ولو مات سيد أمهم قبل القضاء ... قتلوا) بنصِّه في تهذيب البرذاعي (بتحقيقنا): 1/ 442.

(2) كلمة (جُل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 284 و285، و(العلمية): 2/ 312 و313.

(4) قوله: (اعلم أن الجناية على ضربين ... زاد عليه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 189.

(5) كلمة (قد) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (صاحبه).

والضرب الآخر: يبطل الغرض المقصود من الدابة التي تراد له[1]، وإن بقيت فيه منافع تابعة [م: **281**/ ب] غير مقصودة؛ فهذا يكون صاحبه بالخيار إن شاء تركها للجاني عليها وأخذ قيمتها، وإن شاء أخذها معيبة، وأخذ أرش عيبها.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه أتلف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه، فلزمه ضمانه كما لو أتلف جميعه[2].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ إتلاف جُلِّ المنفعة كإتلاف كلها؛ لأنَّ الناس إنما يريدون السلع؛ للانتفاع بها، فإذا أتلف غرضهم[3] في الانتفاع بها؛ كان على متلف ذلك قيمة ما أتلف، فإن لم يتلف غرضهم بالجناية؛ كان له ما نقص بالجناية من المنفعة دون[4] القيمة كلها؛ لأنَّ الجناية لم تتلف غرضه من الشيء المجني عليه.

قال ابن القصَّار رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وإذا أبطلت الجناية الغرض المقصود؛ ضمن[5] جميعه، قال: فإن قطع ذَنَب حمار القاضي أو أذنه، أو رماه بشيءٍ حتى عرج؛ ضمن جميعه، وكذلك غير القاضي ممن يعلم أن[6] مثلَه لا يركب مثل هذا[7].

وذكر ابن الجلَّاب في ذلك[8] روايتين -كما تقدَّم- **إحداهما**: أن عليه ما نقص من ثمنها بالغًا ما بلغ.

والرواية الأخرى أنَّ ربها بالخيار بين أخذ قيمتها وتركها للجاني عليها، وبين أخذها معيبةً وأخذ أرش عيبها.

---

(1) عبارة (من الدابة التي تراد له) يقابلها في (ز): (الذي يراد له من الدابة) بتقديم وتأخير.

(2) قوله: (وإنما قلنا ذلك ... أتلف جميعه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 189**.

(3) في (ز): (غرضها).

(4) جملة (غرضهم بالجناية؛ كان ... المنفعة دون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (ضمن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (ز): (أنه).

(7) قول ابن القصار لم أقف عليه في عيون الأدلة، ولكن نقله عنه بنحوه اللخمي في تبصرته (بتحقيقنا): **10/ 5760**.

(8) كلمتا (في ذلك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

فوجه الرواية الأولى هو أنه تعدَّى على شيء، فلا يلزمه سواه.

أصله: إذا لم يبقَ من الإردب إلا ويبة أو قدحًا.

ووجه الرواية الثانية هو أنه أتلف بهذه الجناية الغرض المقصود منها، فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها[1].

قال ابن يونس: ولأنَّ القليل في أكثر الأشياء تبع للكثير، فإذا أتلف الكثير منها وأبقى[2] القليل؛ كان بالخيار في تضمينه وأخذ قيمتها، أو أخذها وأخذ الأرش.

وإن كانت من دواب الحمل والنقل؛ فعليه ما نقص من ثمنها بالغًا ما بلغ؛ لأن منافعها المقصودة باقية، وإنما ذهب منها ما فيه جمال، وذلك لا يضر بها في الحمل والنقل؛ إلا أن تكون الجناية أذهبت[3] جلَّ منافعها؛ فيكون فيها روايتان على ما بيَّناه[4]، وقد تقدَّم[5] توجيه الروايتين، والحمد لله[6].



---

(1) قوله: (ووجه الرواية الثانية ... لو أتلف جميعها) بنحوه في المنتقى، للباجي (بتحقيقنا): **7/ 306**.

(2) في (ز): (وبقي).

(3) عبارة (تكون الجناية أذهبت) يقابلها في (م): (أذهب).

(4) قوله: (ولأنَّ القليل في أكثر ... على ما بيناه) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 1128**.

(5) كلمتا (وقد تقدَّم) يقابلهما في (ز): (وتقدَّم).

(6) انظر النص المحقق: **217/9**.

كتابُ الكفالة والحوالة[1]

(والكفالة هي الحمالة والضمان في الحقوق كلها؛ جائزة.
ولا تجوز الكفالة بشيءٍ من الحدود، والكفالة بكتابة المكاتب باطلة)[2].

اعلم أن الحمالة جائزةٌ في الجملة، والأصل في جوازها الكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ الآية [يوسف: **72**]، أي: ضامن.

وأما السُّنة فما رُوي عن النبي ﷺ أنه [ز: **788**/ أ] قال: «**الزَّعِيمُ غَارِم**»[3].

وأما الإجماع فلا خلاف في جوازها في الجملة.

إذا ثبت هذا فمن قال لرجل: أنا حميلٌ لك بفلان أو زعيم أو كفيل أو قبيل أو هو لك عندي أو إليَّ أو عليَّ؛ فذلك كله حمالة لازمة[4].

والقضاء أن كل ما يلزم[5] الذمة؛ فالكفالة به جائزة، ولا تجوز الكفالة بشيءٍ من الحدود[6].

لأنَّ فائدة الحمالة أن يحل الضامن محل المضمون إذا تعذَّر أخذ الحق منه، وهذا المعنى يتعذَّر في الحدود، فإن استيفائها من الضامن غير جائز[7].

قال الأبهري: ومما يدل على أن الحمالة لا تكون في الحدود[8] إجماع العلماء أنَّه لا

---

(1) جملة (كتابُ الكفالة والحوالة) يقابلها في (ز): (بابُ القضاء في الحمالة والضمان).

(2) التفريع (الغرب): **2/ 285** و(العلمية): **2/ 313**.

(3) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: **112/9**.

(4) قوله: (فمن قال لرجل: أنا حميلٌ لك ... حمالة لازمة) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 19**.

(5) في (ز): (تلزمه).

(6) قوله: (والقضاء أن كل ... من الحدود) بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): **3/ 100**.

(7) قوله: (لأنَّ فائدة الحمالة أن يحل ... غير جائز) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 166**.

(8) جملة (فإن استيفائها من الضامن ... في الحدود) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

يجوز أن يُحدَّ أحدٌ عن أحد، ولا يُقتلُ أحدٌ عن أحدٍ، [م: 282/ أ] فلمَّا لم يجز ذلك؛ لم يجز فيه الحمل.

ولما جازت الحمالة بالبدن[1] في الأموال؛ ثبت أنها إنما جازت؛ لأن الحميل إن لم يأت بالمتحمل عنه[2]؛ لزمه ما كان يلزم المحمول عنه من المال والله أعلم.

وإنما لم تجز الكفالة بكتابة المكاتب؛ لأنها ليست بدَينٍ ثابت؛ ألا ترى أن المكاتب إذا عجز عن أدائها؛ بطلت، وعاد رقًّا لسيده، فأمَّا من عجل عتق عبده على مال؛ جازت الكفالة بذلك المال[3].

قال الباجي: والفرق بينهما أنه إن عجَّل عتقه على مال؛ لزمه ذلك المال في ذمته؛ فلذلك صحَّت الحمالة به.

وأمَّا ما[4] على المكاتب من نجوم كتابته؛ فغير متعلق بذمته، ولا هو بدين ثابت عليه؛ لأنه يسقط بالعجز عنه؛ فلذلك لا تصح الحمالة بها[5].

قال اللخمي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ولو كانت الكتابة نجمًا واحدًا، وقال الحميل: لك عليَّ إن جِئْتني لانقضاء الأجل وعجز أديت عنه؛ لكان جائزًا قولًا واحدًا[6].

[الكفالة بالمعلوم والمجهول]

(ولا بأس بضمان المعلوم والمجهول)[7].

اعلم أنَّ الكفالة تصح بالمعلوم والمجهول، وخالَفَنا الشافعيُّ في ذلك، وقال: لا

---

(1) كلمة (بالبدن) يقابلها في (ز): (في الأبدان).

(2) في (ز): (عليه).

(3) كلمة (المال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) كلمتا (وأما ما) يقابلهما في (م): (وما).

(5) المنتقى، للباجي: 7/ 483 و484.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5652.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 285 و(العلمية): 2/ 313.

تجوز الحمالة بالمجهول(1).

ودليلنا قول النبي ﷺ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**»(2)، ولم يفرِّق، ولأنه تَطَوَّع بإلزام نفسه شيئًا لم يكن يلزمه على جهة المعروف؛ فجاز كالنذر(3).

وكما(4) جازت هبة المجهول جازت الحمالة به؛ لأنه(5) معروف.

[في الذي يضمن مالًا عن آخر بغير إذنه]

(ومن ضمن عن رجلٍ مالًا بغير إذنه؛ لم يكن له مطالبته به قبل أدائه، فإذا أدَّاه [عنه](6)؛ كان له أن يرجع به عليه.

ومن ضمن عن رجل مالًا بإذنه؛ فللضامن أن يطالب الذي عليه المال(7) بأدائه إلى ربه؛ ليبرأ الضامن من ضمانه، فإذا أدَّاه [عنه](8)؛ كان له أن يرجع به عليه)(9).

وإنما قلنا: إن الحمالة تجوز بغير إذن المُتَحمل عنه؛ لما رَوى جابر بن عبد الله أنه قال: "مات رجلٌ على عهد رسول الله ﷺ وعليه دينٌ، فلم يصلِّ عليه النبيُّ ﷺ حتى قال أبو قتادة أو غيره: هو عليَّ" «**فصلَّى عليه النبي ﷺ**» "فجاءه من الغد يتقاضاه"(10).

---

(1) انظر: الأم، للشافعي: 7/ 125.

(2) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: 112/9.

(3) قوله: (اعلم أنَّ الكفالة... فجاز كالنذر) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 202.

(4) في (ز): (ولما).

(5) في (ز): (لأنها).

(6) كلمة (عنه) زيادة أتينا بها من طبعتي التفريع.

(7) في (ز): (الحق).

(8) كلمة (عنه) زيادة أتينا بها من طبعتي التفريع.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 285 و286 و(العلمية): 2/ 313.

(10) رواه أحمد في مسنده، برقم (14536).

والدراقطني في سننه: 4/ 54، برقم (3084).

وهذا دليلٌ [ز: 788/ ب] على أن الحمالة جائزة بغير إذن المتحمَل عنه؛ بل أجازها النبي ﷺ وإن استحال معرفة الإذن.

إذا ثبت هذا؛ فليس له مطالبته به قبل أدائه؛ لأنَّه لم يرض بمطالبته، فإذا أدَّاه عنه؛ كان له مطالبته به؛ لأنَّه قد أدَّى عنه ما قد[1] وجب عليه، وما لا بدَّ له من أدائه، وفَعَلَ معه بأدائه معروفًا، فكان له الرجوع عليه؛ إذ لا بدَّ له من دفع الحق، فإذا قام عنه به؛ كان له دفعه إليه، اللهمَّ إلَّا[2] أن يكون ممن يقصد ضرره وظلمه وإعناته؛ فلا يكون له به[3] عليه رجوع، وليتبع من دفع إليه.

وأمَّا إذا ضمنه عنه بإذنه؛ فله أن يطالب الذي عليه الحق بأدائه إلى ربه؛ ليبرأ الضامن من ضمانه؛ لأنَّه لما أذن له في الحمالة عنه، فقد رَضِيَ ارتهان ذمته من أجله، ومن حقِّه السعي في خلاص ذمته من الارتهان، فكأنه بإذنه دخل على أنه يسعى في خلاص ذمته[4].

ومن جمله خلاصها مطالبته بدفعه إلى ربه، فإذا أدَّاه؛ كان له أن يرجع به عليه؛ لأنه قد أدَّى عنه ما وجب عليه، فكان له الرجوع بدفعه إليه.

قال اللخمي رضي الله عنه: وإنما قلنا: إن الضامن إذا ضمن عن الرجل مالًا بإذنه؛ له مطالبته بدفع الحق إلى ربه؛ رجاء أن يدفع الحق فيبرأ من الضمان، بخلاف إذا ضمنه بغير أمره؛ لأنه لم يأذن له في ذلك، فإذا أدَّاه عنه؛ رجع عليه به[5].

= وأصله رواه البخاري: 3/ 94، في باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، من كتاب الحوالات، برقم (2289) جميعهم عن أبي قتادة رضي الله عنه.

(1) كلمة (قد) زيادة من (ز).

(2) كلمة (إلَّا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) كلمة (به) زيادة من (ز).

(4) جملة (من الارتهان، فكأنه بإذنه ... خلاص ذمته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) قوله: (قال اللخمي رضي الله عنه: وإنما قلنا: إن ... عليه به) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

[فيمن ضمن عن رجلٍ مالًا بإذنه]

(ومن ضمن عن رجلٍ مالًا بإذنه؛ [فللضامن أن يُطالب الذي عليه المال بأدائه إلى ربه؛ ليبرأ الضامن من ضمانه، فإذا أدَّاه عنه؛ كان له مطالبته بدفعه إليه.

ومن ضمن عن رجل مالًا بإذنه][1]؛ فلربِّ المال أن يُطالب الضامن والمضمون عنه، فإذا أدَّاه المضمون عنه؛ سقط عن الضامن، وإن أدَّاه الضامن؛ رجع به على المضمون [م: 282/ ب] [عنه][2].

وقد قيل: ليس لربِّ المال أن يُطالب الضامن؛ إلَّا أن يغيب المضمون عنه، أو يموت، أو يفلس)[3].

قال عبد الوهاب رضي الله عنه: اختُلف في مطالبة الضامن بالحق مع القدرة على أخذ الحق من الغريم على ثلاث روايات:

إحداهن أنَّ ذلك له وهو قول[4] أبي حنيفة، والشافعي رضي الله عنهما.

والثانية أنه ليس له ذلك إلَّا أن يتعذَّر أخذ الحق من الغريم، فإن وفَّى؛ لم يكن له مطالبة الكفيل، وإن عجز؛ أخذ باقي الحق من الكفيل.

والثالثة أنه يبدأ بمال الغريم، فإن وفَّى؛ لم يكن له مطالبة الكفيل، وإن عجز أَخَذَ باقي الحق من الكفيل[5].

وهذه[6] على التحقيق ليست برواية[7] ثالثة، وإنما هو رجوع إلى الثانية.

---

(1) جملة (فللضامن أن يطالب الذي ... مالًا بإذنه) زيادة من طبعة دار الغرب.

(2) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 286 و(العلمية): 2/ 313 و314.

(4) في (ز): (مذهب).

(5) جملة (والثالثة: أنه يبدأ بمال الغريم ... من الكفيل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في معونة عبد الوهاب.

(6) في (ز): (وهذا).

(7) كلمتا (ليست برواية) يقابلهما في (ز): (ليس رواية).

فوجه الأولى قوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِم»[1]، ولم يفرِّق، ولأنَّ الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كان له مطالبة الغريم، فكذلك الكفيل[2].

قال الباجي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ [ز: 789/ أ]: ولأنَّ الحقَّ متعلقٌ بذمته في حال عُدم الغريم؛ فوجب أن يكون متعلقًا بذمته في حال يساره، كالغريم[3].

ووجه الرواية الثانية هو أنَّ الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق من الهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة، وإنما يطلب عند عائق يعرض عن أخذ المال من الغريم، وإذا صحَّ ذلك؛ لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذي دخل عليه الضامن[4].

قال الأبهري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ولأنَّ الذي عليه الحق قد أَخَذَ عوضًا مما يؤخذ منه[5] ولم يأخذ الحميل عوضًا، وإنما دخل على المكرمة والثواب؛ فكان التبدئة بالذي عليه الحق أوْلَى؛ إلَّا أن يكون الذي عليه الحق غائبًا أو معدمًا؛ فإنه يؤخذ من الحميل، وهذا قولٌ مستحسن.

والقياس أنَّ لصاحب الدَّين أن يطالب أي الرجلين شاء الضامن أو المضمون عنه[6].

قال الباجي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ولأنه وثيقة بالحق، فلم ينتقل إليه إلا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن[7].

قال بعض أصحابنا: فلمَّا كان لا سبيل إلى الرهن إلَّا عند عدم المطلوب؛ فكذلك لا

---

(1) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: 112/9.

(2) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 203.

(3) المنتقى، للباجي: 7/ 489.

(4) قوله: (ووجه الرواية الثانية... دخل عليه الضامن) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 203.

(5) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه ابن بطال في شرح صحيح البخاري: 6/ 420.

(7) المنتقى، للباجي: 7/ 489.

سبيل إلى الكفيل إلَّا عند عدم المطلوب[1].

وأمَّا الثالثة؛ فمُرَتَّبة على هذه، وذلك أنه يبدأ بمال الغريم؛ لأنه أحق بالمطالبة، فإن وفَّى؛ سقط عن الضامن الضمان[2]، وإن عجز عن شيء؛ أخذ من مال الضامن؛ لأن استيفاءه متعذر من الغريم، وهذا فائدة الضمان[3].

[فيمن عليه مالان أحدهما بضمين والآخر بغير ضمين]

(وإذا كان على رجلٍ[4] مالان[5] أحدهما بضمين، والآخر بغير ضمين، فأدَّى أحد المالين، وادَّعى أنَّه المضمون، وأنكر ربُّ المال؛ تحالفا وقسم ما أدَّاه بين المالين المضمون وغير المضمون)[6].

اعلم أنَّه إذا كان لرجلٍ[7] على رجلٍ مالان أحدهما بضمين، والآخر بغير ضمين، فأدَّى[8] الغريمُ أحد المالينِ، وادَّعى أنه المضمون، وأنكر ربُّ المال؛ تحالفا وقسم ما أدَّاه بين المالين[9] المضمون وغير المضمون.

وقال عبد الملك وسحنون: القول قول القابض [مع يمينه][10]؛ لأنه أمينُه حين دفعه[11] إليه، وقد كان قادرًا على أن يتوثق.

---

(1) قوله: (قال بعض أصحابنا ... عدم المطلوب) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 131**.

(2) كلمتا (الضامن الضمان) يقابلهما في (ز): (الضامن مثل الضمان).

(3) قوله: (وأمَّا الثالثة فمرتبة... وهذا فائدة الضمان) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 203**.

(4) في (ز): (الرجل).

(5) في (م): (مال).

(6) التفريع (الغرب): **2/ 286** و(العلمية): **2/ 314**.

(7) كلمة (لرجل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (ز): (فادَّعى).

(9) كلمة (المالين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) كلمتا (مع يمينه) ساقطتان من (ز) و(م) وهما في جامع ابن يونس.

(11) في (م): (دفع).

يريد: بالبينة.

وقال أشهب: الدافع مدَّعٍ لقضاء الحق الذي بحمالة أو قرض، والقابض منكر؛ فالمدعي عليه البيان، ولا يؤخذ القابض بغير ما أقرَّ به.

قال ابن المواز: وحجة عبد الملك خير(1).

ووجه ما ذهب إليه ابن الجلَّاب -وهو المشهور من المذهب-: هو أنه لمَّا تساوت دعاويهما وتعلَّق لكلِّ واحدٍ [م: 283/ أ] منهما حقٌّ وتساوت الحقوق؛ قسم المال بين حقَّيْهِما، وهذا إذا ادَّعيا أنهما بينا.

قال ابن يونس رَحِمَهُ اللَّهُ [ز: 789/ ب]: وأما إن لم يذكرا عند القضاء شيئًا، فلم يُختلف أنه يقسم بين الحقين إذا كانا حالَّين أو مؤجلين؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر.

قال ابن المواز: وإنما تصح المسألة [في التهمة](2) إذا لم يكن حلَّ شيءٌ من ذلك أو حلَّا جميعًا.

وأما إن حلَّ البعض ولم يحل البعض؛ فالقول قول من ادَّعى أنه من(3) الحق الحال -كان القابض أو الدافع- بلا اختلاف من ابن القاسم وأشهب وعبد الملك.

قال ابن القاسم: وإذا قال أحدهما: قضيتك وبينتُ لك أنه لكذا، وقال الآخر: شرطتُ عليك أنه لكذا؛ فالحق يُقسَم بينهما.

ابن المواز: بعد أيمانهما، ومن نكل منهما؛ كان القول قول الحالف، فإن حلفا أو نكلا؛ قسم ذلك على الحقين على قول ابن القاسم.

فإن ادَّعى أحدهما أنه بيَّن عند القضاء وقال الآخر: ما بيَّن أحدنا(4) شيئًا فقال أصبغ: القول قول من ذكر أن ذلك كان مُبْهمًا؛ إلَّا أن يكون لمن ادَّعى أنه بيَّن عند القضاء بينة.

---

(1) من قوله: (وقال عبد الملك، وسحنون: القول) إلى قوله: (وحجة عبد الملك خير) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 137 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 126.

(2) الجار والمجرور (في التهمة) زيادة من جامع ابن يونس.

(3) حرف الجر (من) ساقط من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (أحد).

قال ابن المواز: وهذا مذهب عبد الملك وأشهب[1].

قال أبو إسحاق التونسي: والذي ينبغي على مذهب ابن القاسم أن يكون من ادَّعى الإبهام قد سلَّم القسمة، فيكون النصف قد ثبت[2] لمدَّعي التعيين في القضاء، ثم يكون النصف الثاني مقسومًا بينهما[3]؛ لتساوي دعواهما[4] فيه، فيكون ثلاثة أرباع القضاء[5] عن الحق الذي سمَّاه أحدهما، والربع عن الآخر الذي ادَّعى الإبهام.

قال بعض القرويين: إنما تصح القسمة على[6] الحقين إذا كان الغريم عند دفع الألف معسرًا، وحين تنازعا موسرًا، ولو كان حين التنازع معسرًا؛ لم يكن لقسم ذلك على الحقين وجه؛ من أجل أن القابض يقول للكفيل الدافع: أليس لو صدقتك أن ما دفعت إليَّ من القرض لكان لي مطالبتكَ بالكفالة؛ إذ الغريم معسر، فلمَّا كان الأمر على هذا؛ كان القول قول القابض.

ولو كان الغريم يوم الدفع موسرًا وحين التنازع معسرًا[7]؛ لم تصلح القسمة، والقول قول الدافع؛ لأنَّ من[8] حجَّته أن يقول: أنا حين دفعتُ ممن لا يلزمني الغرم لكون الغريم موسرًا، فصار القابض مدَّع على الدافع معروفًا تبرع له به من أدَّى ما لا يلزمه؛ فكان القول قول الدافع.

وأما لو كان الغريم يوم الدفع[9] موسرًا وحين التنازع معسرًا؛ لكان القول قول

---

(1) من قوله: (قال ابن المواز: وإنما تصح المسألة) إلى قوله: (وهذا مذهب عبد الملك وأشهب) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 137 و138.

(2) عبارة (فيكون النصف قد ثبت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في جامع ابن يونس.

(3) كلمة (بينهما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في جامع ابن يونس.

(4) في (ز): (دعاويهما).

(5) في (م): (النقص).

(6) ما يقابل حرف الجر (على) مطموس في (م).

(7) ما يقابل كلمة (معسرًا) مطموس في (م).

(8) كلمة (من) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) كلمتا (يوم الدفع) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وهما في جامع ابن يونس.

القابض؛ لأن من حجته أن يقول للكفيل: أليس أني لو صدقتك أن ما دفعت إليَّ هو القرض لكان لي مطالبتك بالكفالة؛ إذ الغريم معسر! فكان القول قول القابض، فصار وجه تصح فيه القسمة، وهو أن يكون الغريم يوم الدفع معسرًا وحين التنازع موسرًا.

ووجه يكون القول قول القابض وهو أن يكون الغريم حين التنازع معسرًا(1).

ووجه يكون(2) القول قول الدافع وهو أن [ز: **790**/ أ] يكون الغريم في الوجهين موسرًا، وجميع هذا التقسيم(3) المذكور إنما يصح على قول مالك الذي أخذ به ابن القاسم أن الكفيل لا يغرم إلا في عدم الغريم.

وأما على قوله (إن للطالب أن يأخذ أيهما شاء) فالقول قول القابض في جميع هذه الوجوه، والله أعلم(4).

[في موت الضامن قبل حلول الأجل]

(وإذا ضمن رجلٌ عن رجل مالًا إلى أجل، [م: 283/ ب] فمات الضامنُ قبل حلول الأجل؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنه يؤخذ الحق من ماله، فيُدْفَع إلى ربِّ المال، ويرجع به ورثة الضامن على المضمون عنه إذا حلَّ الأجل.

والرواية الأخرى: أنَّه يوقف من ماله بقَدْرِ(5) الحق حتى يحلَّ الأجل، فإن أمكن أَخَذَ المال من الغريم، وإلَّا دَفَعَ إلى ربِّ المال الحق الموقوف من تركة الضامن)(6).

اختُلِفَ فيمن ضمن عن رجل مالًا إلى أجل، ثم مات الضامن قبل حلول الأجل هل يتعجل الحق من ماله أم لا؟

---

(1) جملة (ووجه يكون القول قول ... التنازع معسرًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) كلمتا (ووجه يكون) يقابلهما في (ز): (ووجه أن يكون).

(3) في (ز): (القسم).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10**/ **127** و**128**.

(5) في (ز): (قدر).

(6) التفريع (الغرب): **2**/ **286** و**287** و(العلمية): **2**/ **314** و**315**.

فقال مالك مرة: لصاحب الحق أن يأخذ ذلك من تركته الآن[1].

قال ابن يونس رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ الحميلَ مشغولُ الذمةِ بهذا الدَّين[2] حقيقة[3]، وحكمه حكم المديان في تصرفه في ماله، فإذا صحَّ ذلك[4]؛ وجب حلول الدَّين بموته؛ لأن بموته؛ وجب قَسْم[5] ميراثه، والدَّين مُبدأٌ على الميراث، فإذا حلَّ دينه؛ كان للطالب تعجيله.

ولأنَّ في إيقافه ضررًا على الورثة؛ إذ قد يهلك فيكون منهم ضررًا على الغريم؛ لمنعه الانتفاع به من غير نفعٍ للورثة في ذلك، وإذ لا يخلو أن يكون[6] المتحمل به عند حلول أجل الدين معدمًا أو مليًّا، فإن كان معدمًا؛ فهذا المال الموقوف لا يرجع إليهم، والغريم أحق به، فلا فائدة لهم في إيقافه عليه.

وإن كان مليًّا فقبضُهم هذا المال الموقوف كقبضِهم مثله من المديان، فلا ضرر عليهم في تعجيله، ولا نفع لهم في إيقافه[7].

وقال أيضًا: يُوقف من ماله بقدر الحق إلى الأجل، فإذا أمكن أخذ المال من الغريم وإلَّا دفع إلى ربِّ المال الحق الموقوف.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: فوجه قوله: (إن الحق يؤخذ من مال الحميل إذا مات) فلأن الحق يحل[8] على مَن عليه بموته، وسواء وجب ذلك من ضمانٍ أو غيره؛ فوجب أن يؤخذ من مال الحميل ما قد لزمه بالضمان، ويدفع إلى المتحمل له[9] كما لو مات المضمون عنه الذي عليه الحق.

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 257 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 22.

(2) في (ز): (الحق).

(3) ما يقابل كلمة (حقيقة) مطموس في (م).

(4) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في جامع ابن يونس.

(5) جملة (لأن بموته؛ وجب قسم) يقابلها في (ز): (وقسم) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) كلمة (يكون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) عبارة (ولا نفع لهم في إيقافه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في جامع ابن يونس.
الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 132.

(8) في (ز): (يحمل).

(9) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

ووجه قوله: (إنه يؤخذ من مال الحميل الحق فيوقف حتى يحل الحق، فإن قضى الذي عليه الحق؛ رد مال الحميل إلى ورثته، فإن لم يقضه؛ دفع إلى صاحب[1] الحق) فلأن الحميل إنما تحمَّل بالحق ودفَعَه إلى صاحب التحمل له في وقتٍ ما وهو وقت تحمله؛ فليس عليه أن يدفع قبل ذلك لو كان حيًّا، فكذلك لا يؤخذ من ماله إذا مات قبل ذلك[2]، ووجب أن يوقف قبل ذلك ولا يدفع إلى ورثة الحميل؛ لأنه قد وجب فيه حق، وقد يجوز أن يتلفوه؛ فلا يرجع المتحمل له[3] إلى شيء يأخذه، فإن قضاه [ز: **790**/ ب] الذي عليه الحق؛ دفع ذلك إلى ورثته، وإن لم يقضه أخذه بحقه واتبع ورثة الحميل الذي عليه الحق فأخذوا ذلك من ماله واتبعوه في ذمته، إن[4] لم يكن له مال.

قال[5] الباجي: ولأنه حميلٌ؛ فلا تطلب تركته بالدَّين لموته إذا كان الغريم حاضرًا مليًّا.

أصل ذلك: إذا مات بعد حلول الأجل[6].

قال ابن المواز: ولو مات الكفيل عند محل الأجل أو بعده؛ فههنا يُبْدَأ بالغريم، فإن كان عديمًا أو ملدًّا أو غائبًا؛ أخذ من الحميل[7].

قال ابن نافع: إن كان ماله مأمونًا واسعًا؛ لم يكن على الورثة شيءٌ حتى يحلَّ الأجل، وإن لم يكن مأمونًا وخِيف عليه التلف قبل الأجل؛ أُخِذَ من ماله ودُفِعَ إلى صاحب الحق[8].

---

(1) في (ز): (ربِّ).

(2) جملة (صاحب التحمل له في وقت ... قبل ذلك) يقابلها في (ز): (صاحبه المتحمل له قبل ذلك).

(3) ما يقابل كلمة (له) مطموس في (م).

(4) في (ز): (فإن).

(5) كلمتا (مال قال) يقابلهما في (ز): (مال صح قال).

(6) المنتقى، للباجي: **7/ 494**.

(7) جملة (قال ابن المواز: ولو مات الكفيل ... من الحميل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وهي في النوادر والزيادات.

و قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 116**.

(8) قول ابن نافع بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5622**.

قال عبد الوهاب ﷺ: وهذا الاختلاف راجعٌ إلى الاختلاف المتقدِّم، وهو هل يبدأ بالحميل مع يسر الغريم أم لا؟

فعلى القول[1] بأن ذلك عليه[2] يصح أن يؤخذ الدَّين من تركته معجلًا، وهو كغريم ثانٍ.

وعلى القول بأن لا طلب عليه إلا عند عدم [م: 284/ أ] الغريم، أو تعذر الأخذ منه لا يتعجل ذلك من تركته؛ لأنه لم يثبت عليه دينٌ فيحل بموته، وإنما عليه حمالة أمرها مترقب، فإن كان المتحمل عنه موسرًا؛ كان المطلوب غير الحميل، وإن كان فقيرًا؛ فحينئذٍ يتوجه عليه الطلب[3].

ولو مات الكفيل عند محل الأجل أو بعده؛ فهنا يبدأ بالغريم، فإن كان عديمًا أو مُلدًّا أو غائبًا؛ أخذ من الحميل[4].

[في موت الذي عليه الحق قبل حلول الأجل]

(وإن مات الذي عليه الحق قبل حلول الأجل؛ أخذ الحق من ماله، وبرأ الضامن من ضمانه.

فإن لم يكن له مال؛ لم يؤخذ من الضامن شيء حتى يحلَّ الأجل)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه بالموت تحل ديونه[6]، فإن لم يوجد له شيء؛ لم يغرم الحميل إلَّا بعد محل الأجل[7].

---

(1) في (ز): (ذلك) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) في (التبصرة): (له) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) من قوله: (وهذا الاختلاف راجعٌ) إلى قوله: (يتوجه عليه الطلب) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5622.

(4) قوله: (ولو مات الكفيل ... من الحميل) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 116.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 287 و(العلمية): 2/ 315.

(6) كلمتا (تحل ديونه) يقابلهما في (ز): (يحل دينه).

(7) قوله: (لأنَّه بالموت تحل ديونه ... محل الأجل) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5621.

قال الباجي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأن الدَّين يحل بموتِ من تعلَّق[1] بذمته، فإن طلب من الغريم؛ روعيت حاله في أخذه منه، فيحل بموته، وإن طلب من الحميل؛ روعيت حاله؛ فلا يحل بموت غيره[2]، كما لو مات الحميل قبل الأجل؛ فإنه لا يكون ذلك سببًا لمطالبةِ الغريم[3].

فإن مات الغريم مليئًا والطالب وارثه؛ سَقَطَت الحمالة وبرئ منها الحميل؛ لأنَّه إن غرم للطالب شيئًا رجع عليه بمثله في تركة الميت، والتركة في يديه، فصارت كالمقاصَّة[4].

[في الذي يتكفَّل بوجهِ رجل، فلم يأت به]

(ومن تكفَّل بوجه رجل، فلم يأت به؛ غرم الحق الذي عليه)[5].

اختُلف في الكفالة بالوجه هل هي جائزةٌ أم لا؟

فقال مالك: هي جائزة.

وحكى عبد الوهاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن الشافعي أنها لا تجوز.

ودليلنا أنها وثيقةٌ بالحقِّ، فجازت كالرهن، ولأنَّه سبب [ز: **791**/ أ] يُتوصل به إلى أخذ[6] ماله على طريق التوثقة، فجازت الحمالة فيه كالتوثق بالمال[7].

قال الأبهري: ولأنَّ الحمالة هي وثيقة للمتحمل له بالدَّين الذي له[8] على المتحمل

---

(1) في (ز): (يتعلق).

(2) في (ز): (غريمه).

(3) المنتقى، للباجي: **7/ 495**.

(4) قوله: (فإن مات الغريم ... فصارت كالمقاصَّة) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 256** و**257** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 23**.

(5) التفريع (الغرب): **2/ 287** و(العلمية): **2/ 316**.

(6) كلمة (أخذ) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) قوله: (اختلف في الكفالة ... كالتوثق بالمال) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 201**.

(8) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

عليه، كالرهن الذي هو وثيقة للمرتهن بدينه؛ فوجب أخذ حقه منه، وكذلك وجب أن يأخذ المتحمل له حقه من الحميل إذا لم يأت بالمتحمل عنه، وإلَّا فلا[1] فائدة في الحمالة إذا لم يؤخذ الدَّين من الحميل.

ومما يدل على أنَّ الحميل يغرم ما على المتحمل عنه إذا لم يأت به -وإن لم يشترط عليه غرم المال- أن[2] الحمالةَ لا تكون في الحدودِ بإجماعِ العلماء، ولما جازت الحمالة بالبدن في الأموال؛ ثبت أنها إنما جازت؛ لأنَّ الحميل إن لم يأت بالمتحمل عنه؛ لزمه ما كان يلزم المحمول عنه من المال، والله أعلم.

وقد رَوى إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة يقول: «سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته في حجة الوداع: «**الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[3].

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولأنَّ الفائدة في الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم[4].

إذا ثبت أنها جائزة؛ فعلى الكفيل إحضار مَن[5] تكفَّل بوجهه، فإن أحضره؛ سقطت عنه الحمالة سواء أحضره مليًّا أو معسرًا، وكذلك إذا أحضره في البلد مسجونًا؛ فإن الحمالة تسقط عنه.

فإن لم يأت به والغريم حاضر؛ تلوم له، فإن كان غائبًا قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه، تلوم له كما يتلوم للحاضر، وإن بعدت غيبة المكفول به؛ غرم الحميل مكانه[6].

---

(1) كلمة (فلا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (ولأن).

(3) صحيح، رواه أبو داود: **3/ 296**، في باب تضمين العور، من أبواب الإجارة، برقم (**3565**).
والترمذي: **4/ 433**، في باب ما جاء لا وصية لوارث، من أبواب الوصايا، برقم (**2120**) كلاهما عن أبي أمامة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(4) المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 202**.

(5) كلمة (مَن) يقابلها في (ز): (الغريم الذي).

(6) قوله: (فإن لم يأت به ... الحميل مكانه) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 252** وتهذيب =

قال الباجي رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنَّ في الغيبة البعيدة إن ضرب له أجل قريب؛ لم ينتفع به، وإن ضرب له أجلٌ بعيد؛ دخلت فيه مضرة على الطالب، وفي الغيبة القريبة؛ يضرب له [م: 284/ ب] الأجل القريب؛ رجاء أن يحضره في مدة قريبة لا مضرة فيها على الطالب فيبرأ الحميل ولا يتضرر(1) الطالب(2).

إذا ثبت هذا، فما حدُّ الأجل الذي يضرب له؟

فقال مالك في "المدونة": اليوم وشبهه مما لا مضرة فيه على الطالب(3).

وفي كتاب ابن المواز: اليوم واليومين.

وفي "العتبية": اليومين والثلاثة(4).

قال بعض الفقهاء: وما في "المدونة" أشبه؛ لأن التلوم في الحاضر ثلاثة أيام ونحوها، فإذا كانت غيبته يومًا؛ تلوم له ثلاثة أيام أو نحوها(5) يوم خروجه، ورآه يوم(6) إقامته ويوم قدومه؛ إذ لا يتأتَّى له يوم وصوله وجوده فيلتمسه من الغد.

وإذا كانت غيبته يومين؛ صار التلوم له خمسة أيام يومين مسير ويومين مجيء، ويوم إقامته في طلبه؛ فيكثر التلوم.

وإذا كانت الغيبة ثلاثة أيام؛ احتاج إلى [ز: 791/ ب] أن يتلوم له سبعة أيام، فيكثر التلوم ويصير بخلاف الحاضر؛ فلذلك قلنا: ما في "المدونة" أشبه(7).

= البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 19.

(1) في (ز): (يستضر).

(2) المنتقى، للباجي: 7/ 480.

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 252 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 19.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 339.

وقوله: (وفي كتاب ابن المواز ... اليومين والثلاثة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 110.

(5) كلمتا (أو نحوها) يقابلهما في (م): (ونحوها).

(6) في (ز): (ويوم).

(7) من قوله: (قال بعض الفقهاء) إلى قوله: (في المدونة أشبه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): =

وإن أسلمه الحميل للطالب في مفازة أو في بلد لا سلطان فيه، أو بمكان يقدر على الامتناع منه بسلطانٍ أو غيره؛ لم تسقط الحمالة عنه[1].

قال ابن القاسم: وإن مات الغريم؛ برئ حميل الوجه؛ لأن النفس المكفول بها قد ذَهَبَت[2].

[فيمن قال: أنا كفيلٌ بوجه فلان، ولا شيء عليَّ من الحق الذي عليه]

(ومن قال: أنا كفيل بوجه فلان، ولا شيء عليَّ من الحق الذي عليه، فلم يأت به؛ لم يلزمه من الحق الذي عليه[3] شيء)[4].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[5].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنَّه قد شَرَط أنَّ[6] ذلك ليس[7] عليه، وإن غاب المتحمل عنه[8]؛ لم يلزمه شيء.

قال الباجي رَحِمَهُ اللَّهُ: وفائدة هذه الحمالة تتضمَّن الإحضار خاصة، وأن تكفيه مؤنة طلبه، فإذا قيَّد الحمالة بأنه لا تتعلق حمالته بالمال؛ لم يلزمه غير ما التزم من

=

10/ 120.

(1) قوله: (وإن أسلمه الحميل ... الحمالة عنه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5604.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 254 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 20.

(3) عبارة (من الحق الذي عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 287 و(العلمية): 2/ 316.

(5) تقدم تخريجه في باب التحكيم لغير القاضي من كتاب الأقضية: 8/492.

(6) كلمة (أنَّ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمة (ليس) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

الإحضار[1].

إذا ثبت هذا؛ فالذي يتوجه على الحميل أن يطلبه[2]، [ويبحث عنه][3] في البلد، وفيما قَرُب من خارجه إذا لم يعلم؛ حيث توجه وجهل موضعه.

واختُلِفَ إذا عرف موضعه فقال أصبغ رَحِمَهُ اللَّهُ: يطلبه على مسيرة اليوم واليومين، وحيث لا مضرة عليه.

وقال عبد الملك: يخرج لطلبه قَرُبَ موضعه أو بَعُدَ ما لم يتفاحش، فأمَّا ما يكون من أسفار الناس؛ فليخرج أو يرسل، أو يؤدي عنه.

قال اللخمي: فرأى أصبغ أنَّ الطلب متعلقٌ بعينِ الحميل لا في الذمة[4]، وقال: إن كان يدركه في طلبه مضرة؛ سقط عنه[5].

قال الباجي: ووجه عبد الملك مراعاة[6] ما يتكلف الناسُ من الأسفار غالبًا؛ إلَّا أنه إن لم يقدر على مباشرة السير؛ استناب غيره[7].

قال شيخنا: ولأنَّ ما جرت به العادة من أسفار الناس دخل عليه[8] الحميل والطالب، أما النادر من الأسفار، فلم يدخلا عليها؛ فلم يلزم ذلك الحميل.

---

(1) المنتقى، للباجي: 7/ 480 و481.

(2) كلمتا (أن يطلبه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(3) كلمتا (ويبحث عنه) زائدتان من تبصرة اللخمي.

(4) ما يقابل عبارة (لا في الذمة) مطموس في (م).

(5) من قوله: (فالذي يتوجه على) إلى قوله: (مضرة؛ سقط عنه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5609.

(6) كلمة (مراعاة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في منتقى الباجي.

(7) المنتقى، للباجي: 7/ 481.

(8) في (ز): (عليها).

[فيمن ضمن عن رجل ما لا يعلم بقدره]

(ومن ضمن عن رجلٍ ما عليه وهو لا يعلم بقدره؛ لزمه ما قامت البينة به[1] عليه)[2].

اعلم أن من أَشهدَ على نفسه أنه ضامنٌ لما[3] يقضى لفلان على فلان، أو قال: أنا كفيلٌ لفلان بماله[4] على فلان، وهما حاضران أو غائبان، أو أحدهما غائب؛ لزمه ما أوجبه[5] على نفسه من الكفالة والضمان؛ لأن ذلك معروف، والمعروف من أوجبه على نفسه؛ لزمه، ولأنَّ الضمان يجوز بالمعلوم والمجهول[6].

قال أبو محمد: ولما جازت هبة المجهول؛ جازت الحمالة به؛ لأنها معروف[7].

[م: 285/ أ] قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتاب الشُّفعة: ومن تكفَّل عن رجل ولم يذكر ما عليه؛ جاز.

فإن غاب المطلوب؛ قيل للطالب: أثبت حقك ببينة وخذه[8] من الكفيل، فإن لم يقم بينة وادَّعى أن له على المطلوب ألف درهم؛ فله[9] [ز: 792/ أ] أن يحلف الكفيل على علمه، فإن نكل؛ حلف الطالب واستحق[10]، ثم لا يرجع الكفيل على

---

(1) كلمتا (البينة به) يقابلهما في (م): (به البينة) بتقديم وتأخير.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 287 و(العلمية): 2/ 317.

(3) عبارة (أنه ضامنٌ لما) يقابلها في (ز): (بما).

(4) في (ز): (ماله).

(5) في (م): (أوجب).

(6) قوله: (اعلم أن من أَشهد ... بالمعلوم والمجهول) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 259 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 24.

(7) اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 94.

(8) في (ز) و(م): (وخذ) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) في (ز): (جاز).

(10) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 443 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 125.

المطلوب بما[1] غرم من سبب نكوله؛ إلَّا أن يقر له المطلوب، وللكفيل أن يحلف المطلوب، فإن نكل؛ غرم[2].

[فيمن قال لرجل: عامل فلانًا وأنا ضامنٌ لما تعامله به]

(ومن قال لرجل: عامل فلانًا وأنا ضامنٌ لما تعامله به؛ لزمه ما ثبت عليه مما يعامل به مثله)[3].

اعلم أنَّ من قال لرجل: عامِل فلانًا أو دايِنهُ وأنا ضامنٌ لما تعامله به أو تداينه؛ جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله مما جرت به العادة[4].

قال الباجي: فمَنْ قال لبائع فاكهة[5]: بايع فلانًا وأنا ضامنٌ[6] لما تعامله به، فعامله بثياب فرقبية[7] أو جواهر أو يواقيت[8]؛ لم يلزمه ذلك؛ لأنَّا نعلم أنه لم يُرِد هذه المعاملة، ولا ضمان هذا المقدار، وإنما أراد ما جرت به العادة من مبايعةِ مثله.

فإن رجع عن ذلك قبل المداينة؛ لم يكن له ذلك إذا سمَّى القَدْر[9] الذي يداينه.

وإن أطلق ولم يُسم؛ فله أن يرجع، وهذه المسألة بخلاف قوله: (احلف أنَّ الذي

---

(1) في (ز): (لأنه).

(2) قوله: (ثم لا يرجع الكفيل ... نكل؛ غرم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 136.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 287 و(العلمية): 2/ 317.

(4) قوله: (اعلم أن من قال ... به العادة) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 793.

(5) ما يقابل كلمة (فاكهة) مطموس في (م).

(6) كلمتا (وأنا ضامنٌ) يقابلهما في (ز): (وأنا له ضامن).

(7) عياض: الفُرقُبي - بضم الفاء أولًا والقاف آخرًا، وآخره باء بواحدة - كذا سمعناه، وحكى فيه بعضهم - أيضًا - أنه قيل فيه: قرقبي، بالقاف أولًا وآخرًا. وفي العين: القرقبية: ثياب كتان بيض، بقافين. وذكر الخطابي الفرقبية، بالفاء أولًا، فذكر في تفسيرها مثل ما تقدم نصًا، وقال: لعلها نسبت إلى فرقوب، فحذفوا الواو في النسبة.اهـ. من التنبيهات المستنبطة: 3/ 1376، 1377.

(8) عبارة (جواهر، أو يواقيت) يقابلها في (م): (يواقيت أو جواهر) بتقديم وتأخير.

(9) في (ز): (المقدار).

تدعي قِبَلَ أخي حق وأنا له ضامن) ثم يرجع قبل اليمين؛ هذا لا ينفعه رجوعه؛ لأنه حقٌّ وجب[1].

والفرق بينهما هو أنَّ الذي أتاه قبل المعاملة لم يدخل[2] في شيء حتى يعامِل فلانًا، فيكون قد أدخله في ذلك، فيتعلَّق عليه ما ضمن.

والآخر أدخله في تركه صاحبه وتسريحه ونفي الطلب عنه.

قال عبد الحق رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ الذي قيل له: (احلف) يقول للضامن: إنما ضمنت لي أمرًا قد وجب، وحقًّا قد تقدَّم.

وأما الذي قيل له: عامِل فلانًا؛ لم[3] يجب ذلك الحق بَعْد؛ لأنَّ المداينة لم تكن، فليس ما وجب في الماضي كأمرٍ يستأنف[4] ولم يجب؛ فهذا مفترق، والله أعلم[5].

فإن لم يرجع حتى داينه؛ لزمه الضمان، فإن دايَنه بأكثر من مداينةِ مثله، وكانت مرة بعد مرة؛ لزمه أولها وسقط الزائد على ما يداين به مثله[6].

(ومن كان له على رجل مال فحلَّ؛ فلا بأس أن يحتال به على غيره فيما قد حلَّ، وفيما لم يحل، ولا يجوز أن يحتال بما لم يحل فيما قد حلَّ أو لم يحلَّ)[7].

والأصلُ في ذلك ما خرَّجه مسلم عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»[8].**

---

(1) انظر: المنتقى، للباجي: 7/ 483.

(2) جملة (لأنه حقٌّ وجب ... لم يدخل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(3) في (ز): (فلم).

(4) كلمة (يستأنف) يقابلها في (ز): (مُستقبَل مستأنف) وما رجحناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(5) من قوله: (فيكون قد أدخله) إلى قوله: (يجب، فهذا مفترق) بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 180.

(6) قوله: (فإن لم يرجع ... به مثله) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5626.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 288 و(العلمية): 2/ 318.

(8) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 4/ 972، في باب جامع الدين، والحول، من كتاب البيوع، برقم (575).

=

قال أبو محمد: وقوله عليه السلام: «فَلْيَتْبَعْ» على الندب، يدلُّ على ذلك قوله عليه السلام: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»، فإذا أحاله ولم يرض فقد مَطَلَه؛ لأنَّه مليء بتعجيل حقه، ولو كان يلزمك حوالة بغير رضاك؛ لكان لكل من أحلتَ عليه أن يُحيلك إلى ما لا نهاية له، أو يحيلك على مليء ظالم أو سلطان ونحوه، وهذا من الضرر من ناحية المطل الذي جعله الرسول عليه السلام ظلمًا[1].

قال القاضي عبد الوهاب: ولأنَّه حقٌّ تعلَّق بذمةٍ رجل مخصوص؛ فوجب ألا يملك أحدٌ نقله عنه [ز: **792**/ ب] إلى غيره.

أصله: الحق نفسه، فإنه لا يملك أحدٌ نقله من دنانير إلى دراهم، أو من رهن إلى رهن آخر.

قال عبد الوهاب: ولا خلاف في جوازها وهي في الحقيقة: بيع الدَّين بالدَّين؛ لأن المحيل باع الدَّين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان[2] عليه [م: **285**/ ب]، وكذلك المحال باع الدَّين الذي وجب له في ذمة المحيل بالدَّين الذي ثبت له في ذمة المحال عليه، واستثني من الكالئ بالكالئ، وهو الدَّين بالدَّين، ولم يمنع؛ لأنَّ المقصود منها المعروف والرفق والمكارمة من الطالب[3].

قال ابن رشد: إذا ثبت ذلك، فتجوز بأربعة شروط:

أحدها أن يكون دين المحال حالًّا، فيجوز فيما حلَّ على ما حلَّ وما لم يحل، ولا يجوز بما لم يحل على ما حلَّ وما لم يحل؛ لأنه إذا لم يحل دخله الدَّين بالدَّين، والذهب بالذهب غير يد بيد.

والبخاري: 3/ **94**، في باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟ من كتاب الحوالات، برقم (**2287**).
ومسلم: 3/ **1197**، في باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، من كتاب المساقاة، برقم (**1564**) جميعهم بألفاظ متقاربة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(1) اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): **3/ 338**.

(2) في (ز) و(م): (له) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(3) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 199**.

والثاني أن يكون الدينان من جنسٍ واحد، فإن اختلفا فكان أحدهما دنانير والآخر دراهم، أو عرض؛ لم يجز، ودخله الدَّين بالدَّين، والنسيئة في الصرف.

والثالث أن يكونا في الجودة والدناءة والقدر سواء، أو يكون المحال عليه أدنى أو أقل، فإن كان أجود أو أكثر؛ لم يجز ودخله الدَّين بالدَّين، والفضة بالفضة أو الذهب بالذهب غير يد بيد[1].

والشرط الرابع[2] أن يكون [على][3] المحال عليه دين للمحيل، فإن لم يكن له عليه دين؛ لم يجز؛ لأن حقيقة الحوالة بيع الدَّين بالدَّين، وذلك يقتضي أن يكون[4] ثَمَّ دين تحصل الحوالة به[5].

وقال ابن الماجشون: الحوالة جائزة، وإن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين.

قال ابن حبيب: وبه أقول؛ لقول النبي ﷺ: «**مَنْ أُحِيلَ[6] عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ**»[7].

[الاحتيال بالذهب والورق مقابل العروض]

(ومن كان له على رجل عروض؛ فلا يجوز أن يحتال بها في ذهب ولا ورق ولا عروض مخالفة لها، ولا بأس أن يحتال[8] بها في مثلها)[9].

اعلم أن مِن شرط الحوالة أن يكون الدَّيْنان من جنسٍ واحد، فإن كان الدينان

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 404.

(2) كلمتا (والشرط الرابع) يقابلهما في (ز): (والرابع).

(3) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(4) كلمتا (أن يكون) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(5) كلمتا (الحوالة به) يقابلهما في (ز): (الحق به له).

(6) في (م): (اتبع).

(7) من قوله: (والرابع: أن يكون) إلى قوله: (على مليءٍ فليتبع) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 183.

والحديث رواه الطبراني في الأوسط: 8/ 262، برقم (8582)، عن أبي هريرة ﷺ.

(8) في (ز): (يحال).

(9) التفريع (الغرب): 2/ 288 و(العلمية): 2/ 318.

مختلفين، مثل أن يكون أحدهما عرضًا والآخر ورقًا، أو عروضًا مخالفة لها؛ لم يجز، ودخله الدَّين بالدَّين[1].

[في فلس المحال عليه أو موته]

(ومن كان له على رجلٍ مالٌ، فأحاله به على غيره، فَقِبَله ورضي به، ثم أفلس المحال عليه أو مات؛ فليس له أن يرجع على المحيل بشيءٍ؛ إلَّا أن يكون المحال عليه مفلسًا لا يَعْلم بفلسه)[2].

اعلم أن مَنْ كان له على رجل مالٌ، فأحاله به على غيره فقبله ورضي به، ثم أفلس المحال عليه أو مات؛ لزمه الحوالة، ولا رجوع له على المحيل.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: له الرجوع.

ودليلنا: قول النبي ﷺ: «**وإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ**»[3]، فأَطْلَق[4].

قال الأبهري: ولو جاز أن يرجع المحتال على المحيل؛ لما كان لِذِكْرِ الملاء وجه؛ إذ كان له أن يرجع إذا لم يحل على مليء.

ولأنها حوالةٌ برئت بها [ز: 793/ أ] ذمة المحيل؛ فلم يكن له الرجوع عليه.

أصله: إذا لم تتغير حاله[5].

وإنما شرطْنا رضا المحال وهو الطالب؛ لأنَّ حقَّه في ذمته، فلا ينتقل عنها مع بقائها[6] إلا برضاه، ولا اعتبار برضا المحال عليه.

وإنما سقط اعتبار رضا المحال عليه من جهة أن رب الدَّين[7] مخيَّر من غير حوالة

---

(1) قوله: (اعلم أن من شرط ... الدَّين بالدَّين) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5660.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 288 و(العلمية): 2/ 318.

(3) صحيح، رواه أبو يعلى في مسنده: 11/ 172، برقم (6283) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(4) من قوله: (اعلم أن من) إلى قوله: (فليتبع فأطلق) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 200.

(5) قوله: (ولأنها حوالة برئت ... تتغير حاله) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 185.

(6) ما يقابل كلمتا (مع بقائها) مطموس في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (رب الدَّين) مطموس في (م).

بين أن يقبضه بنفسه، وبين أن يوكِّل غيره على اقتضائه بلا خلاف، فالمحال لا يزيد على كونه وكيلًا لربِّ المال وهو المحيل.

إذا ثبت هذا؛ فالحوالة براءة للمحيل(1) بشرطين:

أحدهما أن يقول: أحيلك أو تتحول بدينك، وأن تكون الحوالة على دين، فإن فلس المحال عليه بعد ذلك أو مات [أو غاب](2)؛ لم يرجع المحال على المحيل بشيء(3).

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما قلنا: (إنه لا يرجع المحتال(4) على المحيل الذي كان عليه الدَّين متى(5) فلس المحال عليه، أو كان مفلسًا وعلم به صاحب الحق وهو المحتال)؛ [م: 286/ أ] لأنَّ الحوالة هي بيع الدَّين بالدَّين(6) باع صاحب الحقِّ دَينَه الذي له على زيد بالدَّين الذي لزيد على عمرو؛ فليس له أن يرجع على زيد متى مات أو أفلس(7)؛ لأنَّ حقه قد وجب على عمرو في ذمته دون ذمة زيد.

قال القاضي: ولأنَّ الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض؛ لأنَّ المطالبة بالدَّين تسقط معها(8).

قال: ولأنَّ الموت والفلس الطارئ كالعيب الذي يحدث بالسلعة بعد وزن ثمنها، ولا قائل من المسلمين بأن له الرجوع في ثمنه الذي دفعه والحوالة مبايعة محققة؛ لأنَّه(9) نزل عن الدَّين(10) الذي لزيد(11) ورضِيَ باتباع ذمة عمرو.

---

(1) ما يقابل كلمة (للمحيل) مطموس في في (م).

(2) كلمتا (أو غاب) زيادة أتينا بها من تبصرة اللخمي.

(3) قوله: (إذا ثبت هذا... على المحيل بشيء) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5661.

(4) كلمتا (يرجع المحتال) يقابلهما في (ز): (رجوع للمحال).

(5) في (ز): (بشيء).

(6) كلمتا (الدَّين بالدَّين) يقابلهما في (م): (بدين).

(7) في (م): (فلس).

(8) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 200.

(9) في (ز): (لأن).

(10) في (ز): (الذمة).

(11) كلمة (لزيد) يقابلها في (م): (ذمة زيد).

ولا يخلو هذا النزول إمَّا أن يكون بَقِيَ له بعده تعلق أم لا؟ ومحال[1] أن يبقى له تعلق؛ لأنه لو بقي له تعلق لبقي -أيضًا- للمحيل[2] في الدَّين الذي أحال عليه تعلق، ولو كان كذلك؛ للزم منه عدم الثبات، ولكان المحال لا يدري بعد الحوالة أي الذمَّتَين يتبع[3]؛ لأنَّ الموت والفلس متوقع، وهذا محرم بالإجماع؛ إلا أن يشترط المحال أنه يرجع إنْ فلس أو مات؛ فله شرطه.

الشرط الثاني: ألا يغرَّه من فلس بعلمه من الغريم[4].

قال مالك: ولو غرَّك من عدمٍ يعلمه من غريمه؛ فلك[5] طلب المحيل[6].

لأنَّ المحال إنما أبرأ الغريم على أن يسلم له ذمة مليئه، فإذا غرَّه[7] من عدمها، فقد دلسَّ له بعيبها؛ فوجب له الرجوع؛ لأنَّ ذلك عيبٌ لم يرض به صاحب الحق[8]، كما يرجع المشتري على البائع بأرش العيب إذا دلس له بالعيب أو يرد السلعة إن كانت قائمة.

والحوالة هي بيع دين بدين -على ما ذكرناه- وهي مستثناةٌ من جملة الدَّين بالدَّين؛ لأنها معروف، كما كانت العرية مستثناة من المزابنة؛ لأنها معروف، وكما جاز قرض الدرهم بالدرهم إلى أجل، والطعام بالطعام إلى أجل؛ لأنَّ ذلك معروف.

وقد رَوى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ [ز: 793/ ب] قال: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ**»[9].

---

(1) في (ز) و(م): (محال) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ز): (محل).

(3) في (ز): (اتبع).

(4) كلمتا (من الغريم) يقابلهما في (ز): (بالغريم).

(5) في (ز): (فذلك).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 288، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 42.

(7) في (ز): (غرَّ).

(8) قوله: (لأنَّ المحال إنما أبرأ ... صاحب الحق) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 185.

(9) تقدم تخريجه فيمن قال لرجل: عامل فلانًا وأنا ضامنٌ لما تعامله به من كتاب الكفالة والحوالة: 238/9.

ولو جاز أن يرجع المحتال على المحيل؛ لما كان لذِكْر الملاء وجه إذا كان له أن يرجع إذا لم يحل على مليء.

وقد رَوى قتادة عن الحسن أنه قال: "إِذَا احْتَالَ عَلَى مَلِيءٍ، ثُمَّ أَفْلَسَ بَعْدُ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيْهِ"[1]، وهذا قول جماعة من علماء المدينة.

قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو لم يغرك كانت حوالة لازمة، فإن لم تقبض ما أحالك به حتى فلس المحيل أو مات؛ فلا دخول لغرمائه[2] معك في ذلك الدَّين؛ لأنَّه بيع نفذ[3].

ومن "النوادر" قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو لم يعلم المحال بفلس المحال عليه؛ لكان له أن يرجع[4]، واختاره اللخمي[5]، وهو قول ابن الجلَّاب.

ووجهه[6] هو أنَّ الحوالة بيعٌ من البيوع وأعواضها ذِمَمٌ، والفلس في الذمم عيب من العيوب، فكان له أن يرجع بالفلس الذي ظهر قديمًا قبل الحوالة سواء علم به المحيل أو لم يعلم.

أصله: إذا اطَّلع المشتري على عيبٍ قديم في السلعة؛ فإنه يرد به علم به البائع[7] أو لم يعلم.

والمشهور من المذهب أنه إن غرَّه رجع عليه، وإن لم يغره؛ لم يرجع عليه بشيء، وقد تقدَّم توجيه ذلك[8].

قال عبد الحق رَحِمَهُ ٱللَّهُ: سألتُ بعض شيوخنا من[9] القرويين: لمَ فرَّق مالك بين أن يغر

---

(1) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 330، برقم (20725)، عن الحسن رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(2) في (ز): (لغرمائك).

(3) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 288 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 42.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 156.

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5661.

(6) ما يقابل كلمة (ووجهه) مطموس في (م).

(7) في (ز): (المحيل).

(8) انظر النص المحقق: 9/243.

(9) كلمة (من) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وبين ألَّا يغر ولم يجعل ذلك كالعيب في البيوع[1]؟

فقال: البيوع على سبيل المكايَسَة[2] فغلظ فيها على[3] البائع، والحوالة على سبيل المعروف، فسهل [م: 286/ ب] فيها على المحيل إلا أن يغر؛ فيصير هذا خديعة[4].

قال الباجي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ الحوالة بمنزلة بيع البراءة، فلا يرجع من العيوب؛ إلا بما[5] عَلِمَه البائع وكتمه، وعلى هذا التوجيه يجب على المحيل اليمين أنه ما علم بفلسه ولا غرَّه به على الظاهر من مذهب مالك.

قال: وعلى رواية يحيى عن ابن القاسم في بيع البراءة لا يجب عليه يمين؛ إلَّا أن يدعي ذلك المحال[6].

قال أبو إسحاق التونسي: لمَ جعل له مقالًا إذا غرَّه، وهم قد[7] قالوا فيمن باع سلعة من رجل فوجده عديمًا أنه لا مقال له، ولا ينقض البيع، ولا تُرَد السلعة بذلك؛ إذ لا يمكن[8] الكشف عن ذمم[9] الناس؛ لما يدرك في[10] ذلك من المشقة، والمشتري في معنى الغار؛ لأنه قد[11] علم بفلس نفسه ولم يبينه[12].

---

(1) جملة (لم فرَّق مالك بين أن يغر وبين ألَّا يغر ولم يجعل ذلك كالعيب في البيوع) يقابلها في (ز): (ما الفرق بين البيوع وغيرها إذا لم يغر، أو غره يكن عيبًا في البيوع بخلاف الحوالة، فإنه فرَّق في الكتاب بين أن يغر وبين ألا يغر) وما رجحناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(2) كلمة (المكايسة) يقابلها في (ز): (المكارمة والمكايَسَة) وما رجحناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(3) حرف الجر (على) ساقط من (ز).

(4) النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 184.

(5) في (ز): (ما).

(6) المنتقى، للباجي: 6/ 455 و456.

(7) كلمتا (وهم قد) يقابلهما في (ز): (وقد).

(8) عبارة (إذ لا يمكن) يقابلها في (ز): (إذا لم يكن).

(9) كلمتا (عن ذمم) يقابلهما في (ز): (لذمم).

(10) في (ز): (من).

(11) كلمة (قد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(12) في (ز): (ينتبه).

قال ابن يونس: والفرق بينهما أن الحوالة إنما هي بيع دينٍ [بدين][1]، وإنما جازت للرخصة التي وَرَدَت[2] فيها.

وشراء الدَّين لا يجوز حتى يُعلم ملاء الغريم من عدمه؛ لأنه شراء لما[3] في ذمته، فإذا وجد ذمته معيبةً؛ كان له الرد؛ كسلعة اشتُريت فوُجدت معيبةً، والذي باع السلعة لم يقصد شراء ما في ذمته، فيردَّها[4] بعيب وجده[5] فيها، والله أعلم[6].

تم كتاب الحمالة بحمد الله وعونه.



(1) كلمة (بدين) ساقطة من (ز)، وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.
ما يقابل عبارة (إنما هي بيع دينٍ بدين) مطموس في (م).

(2) في (ز): (ورد).

(3) كلمتا (شراء لما) يقابلهما في (ز) و(م): (يبين الملاء) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) في (ز): (فردها).

(5) في (م): (يجده).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 184**.

كتابُ[1] الصلح

(والصُّلحُ جائزٌ بين المسلمين على الإقرار والإنكار[2]، والصلح كالبيع، فما جاز في البيع؛ جاز في الصلح، وما امتنع في البيع؛ امتنع [ز: 794/ أ] في الصُّلح)[3].

والأصل في جواز الصلح الكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تبارك وتعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ الآية [النساء: **114**]، وقوله: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ الآية [**البقرة**: **182**]، وقوله: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ الآية [**الحجرات**: **10**].

وأما السُّنة فما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»[4].

وأما الإجماع؛ فلا خلاف بين الأمة فيه في الجملة، وإنما وَقَع الاختلاف في تفاصيله.

إذا ثبت هذا؛ فيجوز على الإقرار والإنكار، وخالفنا الشافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ذلك[5].

وقال: لا يجوز الصلح على الإنكار ورأى أنه من أكل المال بالباطل[6].

ودليلنا: قوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»، فعمَّ، ولأنَّ من ادُّعي عليه بمال، فأنكر فوجب عليه اليمين، فافتدى من اليمين بمال؛ جاز، وذلك مرويٌّ عن عثمان وابن مسعود ولا مخالف لهما[7].

---

(1) كلمة (كتاب) يقابلها في (ز): (باب القضاء في).

(2) عبارة (جائزٌ بين المسلمين على الإقرار والإنكار) يقابلها في (ز): (على الإقرار والإنكار جائزٌ).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 289** و(العلمية): **2/ 319**.

(4) حسن رواه أبو داود: **3/ 304**، في باب الصلح، من كتاب الأقضية، برقم (**1352**).

وابن حبان في صحيحه: **11/ 488**، في كتاب الصلح، برقم (**5091**) واللفظ له، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(5) كلمتا (في ذلك) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(6) انظر: الأم، للشافعي: **7/ 118** و**119**.

(7) في (ز): (لهم).

من قوله: (فيجوز الصلح على الإقرار) إلى قوله: (ولا مخالف لهما) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 422**.

والصلح على الإقرار معاوضةٌ صحيحة، فدخل فيه جميع ما يدخل في البياعات من[1] الصحة والفساد؛ لأنَّ بإقراره ارتفعَ أمر الخصام، ووجب لصاحبه أخذه إن كان قائمًا، أو قيمته إن كان فائتًا، أو مثله إن كان مما له مثل، ثم لا يخلو مع قيامه أن يكون حاضرًا أو غائبًا، ثم يجري فيه جميع ما يجري في البيوع، وما انعقد فيه من فساد؛ لم يمض[2] إلا ما يمضي من مكروه المبيع؛ إذ هو بيع حقيقة ومعاوضة صحيحة[3].

وأما قوله: (والصلحُ كالبيع، فما جاز في البيع؛ جاز في الصلح، وما امتنع في البيع؛ امتنع في الصلح) فالأصل في ذلك؛ قوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**».

[م: **287**/ أ] وأما الصلح على الإقرار؛ فلا يجوز فيه إلا ما يجوز في البيع بإجماع.

قال ابن يونس: ومن الدليل أن الصلحَ لا يجوز على حرامٍ قوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**».

والدليل على فسخه -إن نزل[4]-: ما رُوي أنَّ رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما: إنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا، وأنه زَنَى بِامْرَأَتِهِ، فقيل[5]: إنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَافْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَجَارِيَةٍ، ثُمَّ إِنِّي سَأَلْتُ عَنْ ذَلِك، فَأُخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي مِائَةُ جَلْدَةٍ وَتَغْرِيبُ عَام، وَإِنَّمَا الرَّجْمُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَقَالَ ﷺ: «**وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللهِ، أَمَّا غَنَمُكَ وَجَارِيَتُكَ فَرَدٌّ عَلَيْكَ**» وَجَلَدَ ابْنَهُ مِائَةً وَغَرَّبَهُ عَامًا، وَأُمِرَ أُنَيْسٌ الأَسْلَمِيُّ أَنْ يَأْتِيَ امْرَأَةَ الآخَرِ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ رَجَمَهَا، فَاعْتَرَفَتْ فَرَجَمَهَا[6].

---

(1) في (م): (في).

(2) في (ز): (يخص).

(3) من قوله: (والصلح على الإقرار) إلى قوله: (ومعاوضة صحيحة) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): **4/ 1909**.

(4) في (ز): (ينزل).

(5) في (ز): (فقال).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 415**.

والحديث رواه مالك في موطئه: **5/ 1199**، في باب ما جاء في الرجم، من كتاب الرجم والحدود، برقم (**628**).

=

إذا ثبت هذا؛ فقال مالك -رحمه [ز: 794/ ب] الله-: (ومن ادَّعى على رجل مائة درهم حالة وهو مقر بها؛ جاز أن يصالحه منها على خمسين[1] إلى أجل؛ لأنه حطَّه وأخَّره، ولا بأس أن يصالحه على دنانير أو عرض نقدًا، ولا يجوز في ذلك تأخير)[2]؛ لأنه فسخ دين في دين، وصرف مستأخر[3].

وأمَّا إن كان الصلح على الإنكار فقال ابن الماجشون في الصلح يقعُ بما لا يجوز البيع به، مثل أن يدَّعي على رجلٍ مالًا، فينكره فيصالحه منه[4] على سُكْنَى دار، أو خدمة عبد، أو من قمح على شعير مؤجل، أو من[5] شعير على قمح[6] مؤجل؛ أن ذلك حرام مفسوخٌ ويرد، فإن فات؛ صح بالقيمة على قابضه، أو يرد المثل كالبيع، ويرجعان على الخصوم؛ إلَّا أن يأتنفا صلحًا يجوز[7].

وقال أصبغ: ذلك[8] جائز، وإنما هو كالهبة؛ لأنه لو صالح بشقصٍ لم تكن فيه شفعة؛ لأنه كالهبة.

قال: وهذا في مجاري الحكم، وأما فيما بينه وبين الله ﷻ؛ فلا يحل له أن يأخذ ما[9] لا يجوز له في التبايع، وقد حدثني سفيان بن عيينة أن عليَّ بن أبي طالب ﵁

= والبخاري: 8/ 129، في باب كيف كانت يمين النبي ﷺ، من كتاب الأيمان والنذور، برقم (6633) كلاهما عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ﵄.

(1) عبارة (منها على خمسين) يقابلها في (م): (على خمسين منها) بتقديم وتأخير.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 364، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 194.

(3) قوله: (فقال مالك ؒ: ومن ادَّعى على ... وصرف مستأخر) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 422.

(4) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (من) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (ملح)، وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) قول ابن الماجشون بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 414.

(8) كلمة (ذلك) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وهي في نوادر ابن أبي زيد.

(9) في (ز): (مما).

أُتِيَ بصلح، فقال: "هذا حرام، ولولا أنه صلحٌ لفسخته"[1].

قال ابن حبيب: وبقول ابن الماجشون أقول[2].

قال ابن يونس: وهذا كلُّه في الصلح على الإنكار[3].

[فيمن له مال حال، فصالح على إسقاط بعضه وتأخير بعضه]

(ومن كان له على رجل مالٌ حالٌّ[4] فصالحه على إسقاط بعضه وتأخير بعضه؛ فلا بأس بذلك.

ولا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط بعضه.

ولا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على إسقاط بعضه وتأخير بعضه)[5].

أما قوله: **(ومن كان له على رجل مال فصالحه على إسقاط بعضه وتأخير بعضه؛ فلا بأس بذلك)** فإنما قال ذلك؛ لأنَّه حطَّه وأخَّره، وذلك معروف محض.

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في "المدونة": ومن لك عليه مائة درهم حالَّة وهو مقرٌّ بها؛ جاز أن تصالحه على خمسين منها إلى أجل؛ لأنك حططته وأخَّرته[6].

وقول مالك: (وهو مقرٌّ بها) يدل على أنه إذا كان منكرًا لا يجوز، وإلَّا فما فائدة قوله: (وهو مقرٌّ بها)؛ لأنه إذا كان مقرًّا بها ثم أخرها؛ فهو محسن فاعل معروفًا[7].

---

(1) الأثر ذكره ابن حبيب في الأحكام، ص: **180**.

(2) قوله: (وقال أصبغ: ذلك جائز، وإنما هو ... الماجشون أقول) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **7/ 168**.

(3) من قوله: (وقال أصبغ: ذلك) إلى قوله: (الصلح على الإنكار) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 414** و**415**.

(4) كلمة (حال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 289** و(العلمية): **2/ 319**.

(6) المدونة (صادر/ السعادة): **4/ 364**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **3/ 194**.

(7) قوله: (وقول مالك وهو ... فاعل معروفًا) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض: **4/ 1913**.

قال مالك في غير "المدونة"[1]: ولا يجوز أن يصالحه من مائة على خمسين إلى أجل إذا كان منكرًا لها؛ لأنه [م: 287/ ب] سلفٌ جرَّ منفعةً.

قال ابن يونس: لأنَّ المدَّعى عليه تجب عليه اليمين، وله ردها على المدعي، وكأنه قال له المدعي: لا تحلفني وأنا أؤخرك سنةً وأحطُّ عنك؛ فهو سلف جرَّ منفعة[2].

وأجاز ذلك ابن القاسم؛ لأنَّ الطالب يقول: إن حقَّي حق فيما ادَّعيت، ولست عن[3] يمين، فأنا منفصل عليه[4] بالتأخير في الحقيقة، ويقول المطلوب: ليس عليَّ شيء، وإنما أعطيتُ من مالي لأرفع الخصام عني؛ فليس ههنا سلفٌ جرَّ منفعة.

وأما قوله: (ولا يجوز له[5] أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل [ز: 795/ أ] بعضه وإسقاط بعضه) فإنما قال ذلك؛ لما رُوي عن النبي ﷺ أنه نهى عن ضع وتعجَّل[6]، وقاله جماعة من الصحابة والتابعين.

وأما قوله: (ولا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على إسقاط بعضه وتأخير بعضه) فهذا مُشكل.

قال شيخنا: من جهة أن تهمةَ[7] الضمان بالجعل في الدنانير والدراهم ضعيفة؛ يدل على ذلك ما قاله مالك رَحِمَهُ اللَّهُ فيمن باع ثوبًا بعشرة إلى أجل، ثم اشتراه قبل الأجل بأكثر من

---

(1) عبارة (مالك في غير المدونة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) من قوله: (قال مالك في غير "المدونة": ولا) إلى قوله: (سلف جرَّ منفعة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 422 و423.

(3) في (م): (على).

(4) في (ز): (عنه).

(5) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في تفريع ابن الجلَّاب.

(6) لعله يشير للحديث الذي رواه البيهقي في سننه الكبرى: 6/ 47، برقم (11141)، عن المقداد بن الأسود، ولفظه: أَسْلَفْتُ رَجُلًا مِائَةَ دِينَارٍ، ثُمَّ خَرَجَ سَهْمِي فِي بَعَثٍ بَعَثَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ، فَقُلْتُ لَهُ: عَجِّلْ لِي تِسْعِينَ دِينَارًا وَأَحُطُّ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ، فَقَالَ: نَعَمْ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ: «أَكَلْتَ رِبًا يَا مِقْدَادُ، وَأَطْعَمْتَهُ».

(7) كلمتا (أن تهمة) يقابلهما في (ز): (أن من تهمة).

الثمن نقدًا.

قال: ذلك جائز مع أنهما يتهمان أن الثوب الراجع لغو، وأعطاه دراهم في أقلَّ منها إلى أجل، وكأنَّ الزائد على[1] الدراهم التي يأخذها جعلًا على الضمان.

قال: واعلم أن استضعاف مالك لهذا إنما هو لبُعد قصد الناس له، وإلا فلو صحَّ بينهما أمر يقتضي الفساد لأفسده.

قال: وأقرب شيءٍ في توجيهه أن يقال: إقدامه قبل الأجل على فِعل هذا[2] دليلٌ على أنه لم يقصد المعروف؛ إذ لو قصده لكان يصبر إلى أن يحلَّ[3] الأجل، فلما أقدم[4] على فِعل ذلك قبل الأجل؛ دلَّ استعجاله أنه أحب أن يكون في ذمَّةِ المديان إلى أجل أبعد من الأجل الأول؛ لمقصود له في ذلك إمَّا أن يكون اطلع على أن فتنةً تقوم فيؤخذ منه، فأحب أن يكون في ذمة هذا؛ إذ هي أحفظ أو يكونا في سفر، فلما قويت التهمة دلَّ على أنه لم يقصد إلا منفعة نفسه، فدخله سلف جرَّ منفعة؛ لأنَّ التأخير سلف.

قال مالك: ومن لك عليه مائة إردبٍّ إلى أجل من بيع أو قرض، فوضعتَ عنه قبل الأجل خمسين على أن يعجِّل لكَ خمسِينَ[5] [قبل الأجلِ][6]؛ لم يصلح؛ لأنه ضع وتعجَّل[7].

وقاله جماعة من الصحابة والتابعين[8].

---

(1) كلمتا (الزائد على) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(2) ما يقابل عبارة (على فِعل هذا) مطموسٌ في (م).

(3) كلمتا (أن يحل) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(4) في (ز): (قدم).

(5) عبارة (على أن يعجِّل لكَ خمسِينَ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في تهذيب البراذعي.

(6) كلمتا (قبل الأجلِ) زيادة أتينا بها من تهذيب البراذعي.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 130، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 37.

(8) قوله: (وقاله جماعة من الصحابة والتابعين) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 196.

[المصالحة من ذهب على ورق والعكس]

(ولا بأس أن يُصالحه من ذهبٍ له على ورق يأخذها منه، ومن ورق على ذهب إذا كانت حالَّة، وأخذ منه ما صالحه عليه من[1] العوض في الحال قبل أن يفارقه)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه نهى عن صرفٍ مستأخر[3].

إذا ثبت هذا؛ فمَنْ كان عليه على رجل ذهبٌ حالٌّ؛ جاز أن يصالحه على[4] ورق يأخذها منه نقدًا ولا يجوز إلى أجل؛ لأنه صرفٌ مستأخر، وقد نُهِيَ عن ذلك، ولأن ما يجب عند الأجل غائب قبل الأجل؛ فلا يجوز بيعه بذهب أو ورق، وكان الأصل يقتضي ألا يباع عند الأجل حتى يعيَّن وتحصر عينه، وإنما ترك ذلك؛ لحديث ابن عمر، وفِعل السلف.

كان ابن عمر يبتاع الإبل بالذهب، فإذا وجب[5] في ذمته دنانير دفع دراهم، ويبتاع بدراهم ويدفع ذهبًا، فسأل النبيَّ ﷺ عن ذلك، فقال: «**لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ**»[6].

---

(1) عبارة (ما صالحه عليه من) ساقطة من طبعة دار الغرب.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 289 و290 و(العلمية): 2/ 319.

(3) لعله يشير للحديث المتفق على صحته الذي رواه البخاري: 3/ 74، في باب بيع الفضة بالفضة، من كتاب البيوع، برقم (2177) ولفظه: «وَلاَ تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ».
ومسلم: 3/ 1208، في باب الربا، من كتاب المساقاة، برقم (1584) كلاهما عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(4) في (ز): (عن).

(5) كلمة (وجب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قوله: (كان ابن عمر يبتاع ... وبينكما شيء) بنحوه في المنتقى، للباجي: 6/ 238.
والحديث ضعيف، رواه أبو داود: 3/ 250، في باب اقتضاء الذهب من الورق، من كتاب البيوع، برقم (3354).
والنسائي: 7/ 281، في باب الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، من كتاب البيوع، برقم (4582) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

[فيمن صالح على بعض حقِّه]

(ومن صالح رجلًا مِن حقٍّ له عليه على بعضه[1] وأسقط عنه بعضه؛ [م: 288/ أ] فليس له أن [ز: 795/ ب] يرجع في صلحه، والوضيعة لازمةٌ له)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»[3].

إذا ثبت هذا، فمَنْ كان له على رجل مالًا فصالحه على أن يأخذَ منه بعضه، ويسقط عنه بعضه[4] الباقي؛ صح ذلك ولزم، وليس له أن يرجع فيه؛ لأنَّه عقدٌ لازم، ولأنَّه قد تعلَّقَ به حق الغير، فلم يبقَ له فيه رجوع.



(1) جملة (مِن حقٍّ له عليه على بعضه) يقابلها في (ز): (على بعض حقه).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 290 و(العلمية): 2/ 319.

(3) تقدم تخريجه في أول كتاب الصلح: 247/9.

(4) كلمة (بعضه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

كتابُ إحياء الموات وحريم الآبار[1]

(ومن أحيا أرضًا ميتةً لم يتقدَّم عليها ملك مسلم ولا ذمِّي؛ فهي له.
وإحياؤها بالماء والبناء)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا ميتة لَيْسَتْ لِأَحَدٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا**» خرَّجه البخاري[3].

وخرَّج أبو داود عن عروة بن الزبير رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ**»[4].

إذا ثبت هذا، فمن عمَّر أرضًا ليست لأحدٍ؛ فهو أحقُّ بها، وإحياؤها بالغرس والبناء، وقطع الغياض[5]، وتسييل[6] الماء عنها، وإجراء العيون والحرث.

واختُلِفَ في الرعي فقال ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا: إنه[7] لا يكون إحياء.

ورُوي عن أشهب -أيضًا- فيمن نزل أرضًا فرعى ما حولها؛ فهو أحقُّ بها من غيره[8]، وذلك إحياء[9].

---

(1) جملة (كتاب إحياء الموات وحريم الآبار) يقابلها في (ز): (باب إحياء الموات وتملُّك المباحات).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 290 و(العلمية): 2/ 321.

(3) رواه البخاري: 3/ 106، في باب من أحيا أرضا مواتًا، من كتاب المزارعة، برقم (2335) عن عائشة رضي الله عنها.

(4) حسن، رواه أبو داود: 3/ 178، في باب إحياء الموات، من كتاب الخراج والإمارة والفيء، برقم (3074) عن عروة بن الزبير رضي الله عنه.

(5) في (م): (الحياض) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) في (ز): (ومسيل) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) كلمة (إنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (ز): (الغير).

(9) من قوله: (فمن عمَّر أرضًا) إلى قوله: (الغير، وذلك إحياء) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 504.

فوجه المذهب هو أنَّ الرعي ليس له أثر باقٍ في الأرض، فلم يكن إحياء كالمبتني[1] فيها، واحتجَّ أشهب في كتاب ابن سحنون بأن قال: لأنهم قد رعوا وينتظرون أن يرعوا، ولم يعجب سحنون قول أشهب.

وأما حفر بئر للماشية؛ فليس بإحياء.

قال الباجي: لأن هذا لا يُعْمل[2] لمعنى إحياء الأرض، وإنما يُعْمَل لمنافع الماشية، فلم يكن إحياء كالرعي[3].

وأما تحجير الأرض فاختُلِف[4] فيه فقال ابن القاسم: لم أسمع من مالك فيه شيئًا[5].

وصورة التحجير أن يمنع الأرض ثلاث سنين، فإِنْ[6] أحياها، وإلَّا فهي لمن أحياها[7].

قال الباجي: ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه إحياء للأرض، وإنما هو منعٌ لغيره[8] من التصرف فيها، وإلَّا فهي باقيةٌ على صفتها قبل التحجير.

وقال أشهب: إذا حجَّر أرضًا؛ فلا يكون أحقُّ بها حتى يعلم أنه تحجرها؛ ليعمل فيها الأيام اليسيرة، فذلك له، وأما من تحجَّر ما لا يقوى على عمله؛ فله منه ما عمَّر.

قال أشهب في "المجموعة": وقد رُوي عن عمر فيمن تحجر أرضًا ولم يعمرها أنه ينتظر به ثلاث سنين، وأراه حسنًا[9].

---

(1) في (ز) و(م): (كالمشي) وما أثبتناه موافق لما في منتقى الباجي.

(2) عبارة (هذا لا يعمل) يقابلها في (ز): (هذه لا تعمل).

(3) قوله: (فوجه المذهب: هو أن ... إحياء كالرعي) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 383 و384.

(4) عبارة (تحجير الأرض، فاختلف) يقابلها في (م): (التحجير فقد اختلف).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 195، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 396.

(6) كلمتا (سنين، فإن) يقابلهما في (م): (سنين إن أحياها فإن) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) قوله: (وصورة التحجير... فهي لمن أحياها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 283.

(8) كلمتا (منعٌ لغيره) يقابلهما في (ز): (لمنع غيره).

(9) المنتقى، للباجي: 7/ 384.

[فيمن أحيا أرضًا بعدما خربت من آخر]

(ومن أحيا أرضًا، ثم تركها حتى خربت، وعادت إلى حالها الأول، فأحياها آخر بعده؛ فليس للأول فيها حق)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنها إذا خربت [ز: **796**/ أ] وعادت إلى ما كانت عليه من الخراب؛ رجعت إلى ما كانت عليه في الأصل؛ فكانت لمن أعمرها ثانية؛ لأنه إنما صار أَوْلَى بها من أجل العمارة.

فإذا زالت العمارة؛ عادت[2] إلى ما كانت عليه في الأصل، وذلك بمنزلة الصيد[3] إذا خرج مِن[4] يد مَن صاده بإتلاف، وعاد إلى ما كان عليه من الوحش؛ فهو لمن صاده دون الأول؛ لأنه قد عاد إلى ما كان عليه[5] في الأصل من الإباحة، قاله[6] الأبهري.

إذا[7] ثبت هذا، فمن أحيا مواتًا، ثم تركه حتى عفا ودرس وطال بقاؤه فأحياه غيره؛ فهو لمن أحياه أخيرًا.

قال مالك: وهذا إذا أحياها من غير أصل [م: **288**/ ب] كان له، فأما مَنْ[8] مَلَكَ[9] أصلها بخطةٍ، أو شراء ثم تركها؛ فهي له، وليس لغيره أن يحييها بعده، وكذلك لو باعها ممن أقطعت له[10].

---

(1) التفريع (الغرب): **2/ 290** و(العلمية): **2/ 321**.

(2) جملة (ما كانت عليه من الخراب ... العمارة؛ عادت) يقابلها في (ز): (حالها الأول، فأحياها آخر بعده؛ فليس للأول فيها حق؛ لأنها إذا عادت إلى الخراب؛ رجعت).

(3) عبارة (وذلك بمنزلة الصيد) يقابلها في (ز): (كالصيد).

(4) في (ز): (عن).

(5) جملة (من الوحش؛ فهو لمن ... كان عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (ز): (قال).

(7) كلمة (إذا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (م): (إن).

(9) كلمة (ملك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) المدونة (صادر/ السعادة): **6/ 196**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 284** و**285**.

وقال سحنون في "النوادر": إنها للأول وهو أحق بها، وقد مَلَكَها للعمارة[1] ولا تخرج من يده لتعطيلها[2].

قال الباجي: كما أنها[3] لا تخرج عن ملكه[بالتعمير][4] إذا ملكها بالابتياع؛ فإنه لا تخرج عن ملكه بالتعمير إذا ملكها[5] من الإباحة[6].

أصله الثياب.

والفرق بين الأرض والصيد: أنَّ الصيد لو ابتاعه، ثم ندَّ ولحق بالوحش؛ لكان لمن صاده بعده، ولا خلاف أن من اشترى أرضًا، ثم تبورت فأحياها غيره بعده أنها لمن اشتراها دون من أحياها[7].

وقال ابن الماجشون ومطرِّف: إن كان[8] أحياها الثاني بحدثان ترك الأول؛ فهي للأول، وإن كان عمَّرها بجهل[9]؛ فله قيمة عمارته قائمًا، وإن كان[10] على علم بالأول[11]؛ فله قيمته منقوضًا، وإن عمَّر بعد علم وطول من ترك الأول، وكان تركه كالإسلام لها[12]؛ فهي للآخر[13].

---

(1) في (م): (بالعمارة).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 507**.

(3) كلمتا(كما أنها) يقابلهما في (ز)و(م): (لأنها).

(4) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(5) في (ز)و(م): (ملكه).

(6) جملة (لأنها لا تخرج عن ملكه إذا ملكها بالابتياع؛ فإنه لا تخرج عن ملكه بالتعمير إذا ملكه من الإباحة) يقابلها في النتقى للباجي: (أن ما لا يخرج من ملكه بالتغيير إذا ملك بالابتياع فإنه لا يخرج عن ملكه بالتغير إذا تملكه عن إباحة).

(7) انظر: المنتقى، للباجي: **7/ 384 و385**.

(8) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في الجامع، لابن يونس.

(9) ما يقابل كلمة (بجهل) مطموس في (م).

(10) كلمتا (وإن كان) يقابلهما في (ز): (قال ذلك) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(11) كلمة (بالأول) يقابلها في (ز) و(م): (من الأول) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(12) في (ز): (له).

(13) قوله: (وقال ابن الماجشون ... فهي للآخر) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 284**.

ووجه ما ذهب إليه ابن الماجشون هو أن للناس أعذارًا في ترك عمارة الأراضي منها: العجز عنها، ومنها غلو[1] المؤن، فإذا كان إحياء الثاني قريبًا من ترك الأول؛ فلا يكون ترك الأول لها هذه المدة القريبة إسلامًا لها؛ اللهم إلَّا أن يأتي من طول الزمان ما يستدل به على إسلامه لها، وإعراضه عنها وعن نية العود إلى تمليكها.

[إحياء الموات القريب من العمران]

(وما كان من الموات قريبًا من العمارة؛ فلا يجوز إحياؤه إلَّا بإذن الإمام، وما بَعُدَ من العمارة، فمن سَبَقَ إليه؛ فهو أحق به ممن بعده)[2].

وإنما لم يشترط إذن الإمام فيما بَعُدَ من العمارات خلافًا لأبي حنيفة؛ لقول النبي ﷺ: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ**»[3]، فهذا عامٌّ.

ولقول النبي ﷺ: «**مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ**»[4]، ولأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى التخاصم والعداوة[5].

واستحسن مطرِّف وابن الماجشون أن يكون ذلك بإذن الإمام؛ لأنَّ الأرض وإن بَعُدَت عن العمران فلا تخرج عن كونها مرصدة لمصالح الناس كافَّة، ومن مصالحهم الإحياء، ولعلَّ غيره أولَى بهذه الأرض من هذا، فأشبهت القريب من العمران[6].

قال الأبهري: وليس في ذلك حديثٌ يثبُت، وإنما ذلك على سبيل الاجتهاد بقدر ما يبعد فيه الضرر من بعضهم لبعض.

---

(1) كلمة (غلو) يقابلها في (ز): (عدم القدرة على).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 290 و291 و(العلمية): 2/ 321.

(3) تقدم تخريجه في أول كتاب إحياء الموات وحريم الآبار: 255/9.

(4) ضعيف، رواه أبو داود: 3/ 179، في باب إحياء الموات، من كتاب الخراج والإمارة والفيء، برقم (3077).

وأحمد في مسنده، برقم (20130) كلاهما عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(5) قوله: (وإنما لم يشترط ... التخاصم والعداوة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 175.

(6) جملة (الناس كافَّة، ومن مصالحهم ... من العمران) يقابلها في (ز): (المسلمين).

فإن لم يفعل؛ مضى[1].

وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قَرُبَ من [ز: 796/ ب] العمران[2] خلافًا للشافعي رضي الله عنه؛ لأنَّ ما قَرُبَ من العمران[3] الانتفاع به مشتركٌ بين جميع أهل البلد من الاحتطاب فيه والرعي، وغير ذلك من وجوه الارتفاق، فلو أجيز لكل واحد[4] اقتطاعه؛ لأضرَّ ذلك بأهل البلد، فلم يكن بدٌّ من نظر الإمام[5].

قال الأبهري: ولأنَّ النبيَّ ﷺ «**أقطع بلالًا بن الحارث المزني معادن القبيلة**»[6]، فواجبٌ[7] استعمال الحديثين جميعًا.

فما وقع فيه تشاحٌّ وتنافس[8]؛ لم يكن لأحدٍ عمارته[9] بغير إذن الإمام، وما بَعُدَ من العمارة ولم يتشاح فيه؛ جاز أن يعمَّر بغير إذن الإمام؛ لأن النبيَّ ﷺ قال[10]: [«**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ**»[11]، وهذا الإذن من النبي إقطاع][12].

---

(1) قوله: (واستحسن مطرِّف وابن الماجشون ... يفعل؛ مضى) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3288.

(2) في (ز): (العمارات).

(3) في (ز): (العمارات).

(4) كلمة (واحد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) قوله: (وإنما شرطنا إذن ... نظر الإمام) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 175.

(6) رواه ابن خزيمة في صحيحه: 4/ 44، برقم (2323).

والطبراني في الكبير: 1/ 370، برقم (1141) كلاهما عن الحارث بن بلال عن أبيه رضي الله عنه.

(7) ما يقابل كلمتا (القبيلة، فواجب) مطموس في (م).

(8) كلمة (وتنافس) يقابلها في (ز): (الناس وتنافسهم).

(9) كلمة (عمارته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) في (ز): (ترك).

(11) تقدم تخريجه في أول كتاب إحياء الموات وحريم الآبار: 255/9.

(12) جملة (من أحيا أرضًا ميتة؛ فهي له، وهذا الإذن من النبي إقطاع) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من شرح ابن بطَّال.

قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ولم يعزه إليه ابن بطَّال في شرح صحيح البخاري: 6/ 475 و467.

قال سحنون في كتاب ابنه: وما كان على مسيرة يوم، وما لا تُدركه المواشي في غدوِّها ورواحها، فأراه من البعيد.

وأمَّا ما تدركه المواشي في غدوها ورواحها أو أبعد من ذلك قليلًا ما فيه المرفق لأهل العمارة؛ فهو القريب يدخله نظرُ السلطان، فلا يحيا إلا بإذنه(1).

[حريم آبار الفلوات]

(وليس للآبار المحفورة في الفلوات [م: 289/ أ] **حريم محصور)**(2).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الأراضي مختلفة، فقد تكون أرض رخوة وأخرى صلبة، فإنما ذلك على قدْر الضرر بالبئر؛ ولأهل البئر مَنْع من أراد أن يبني أو يحفر بئرًا في ذلك الحريم؛ لأنه حقٌّ للبئر وضرر بهم، ولو لم يكن على البئر من حفر بئر أخرى ضرر(3)؛ لصلابة الأرض؛ كان لهم منعه؛ لِمَا يضر بهم في مناخ الإبل، أو مرابض المواشي عند ورودها(4).

قال الأبهري: وليس في ذلك حديث يثبت، وإنما ذلك على سبيل الاجتهاد بقدر ما يبعد فيه الضرر من بعضهم لبعض، فأمَّا أن يحدد ذلك [بحدٍّ](5) أو تقدير؛ فليس فيه حدٌّ صحيح يلزم قبوله، فكان الأمر على ما قاله مالك من تنحية الضرر من بعضهم إلى بعض(6).

---

(1) قول سحنون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **10/ 501**.

(2) التفريع (الغرب): **2/ 291** و(العلمية): **2/ 322**.

(3) كلمة (ضرر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) قوله: (فقد تكون أرض... المواشي عند ورودها) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **6/ 189**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 278**.

(5) ما بين المعكوفتين يقابله طمس في (م) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(6) جملة (قال الأبهري: وليس في ذلك ... إلى بعض) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

[فيمن أراد أن يحفر بئرًا قُرب بئرٍ آخر]

(ومن حفر بئرًا في موضع، فأراد أن يحفر بِقُرْبِهَا[1] بئرًا؛ مُنِع من ذلك، إذا كان حفره يضر بالأول، فإن لم يضر به؛ لم يُمْنَع منه)[2].

اعلم أنَّ من حفر بئرًا في موضعٍ، ثم أراد آخر أن يحفر بئرًا بقُربه، فإن كان لا يضر بالأول؛ لم يمنع منه، وإن كان يضر بالأول؛ فإن كان له مندوحة عنه وسعة؛ مُنِعَ من[3] ذلك؛ لأنه حينئذٍ قاصدٌ للإضرار[4] بجاره من غير ضرورة، فلا يترك؛ لأن الأول قد ملك البقعة بالإحياء، وملك حريمها تبع لها؛ فهو أحق بها؛ لفضل السبق إليها[5].

واختُلِفَ إذا لم تكن له مندوحة، فرُوِيَ عن مالك أنه ليس له ذلك.

ورُوي عنه -أيضًا- أنه يجوز له ذلك.

فوجه الأول قوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[6]، ولأنَّ الضررَيْن إذا تقابلا، فالأول أَوْلَى[7] بالمراعاة؛ لفضل السبق[8].

ووجه الثاني هو أن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف، فلا يجب أن يمنع الإنسان[9] حقه لحق غيره، وإذا أدَّى ذلك إلى الإضرار بغيره إذا كان لا يقصد الإضرار به، ولا يستغني [ز: 797/ أ] عن فِعل ما يفعله في ملكه.

---

(1) كلمة (بقربها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 291 و(العلمية): 2/ 322.

(3) كلمة (من) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) كلمتا (قاصدٌ للإضرار) يقابلهما في (م): (قصد الإضرار).

(5) قوله: (اعلم أن من حفر ... السبق إليها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 176.

(6) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: 414/5.

(7) في (ز): (أحق).

(8) من قوله: (واختلف إذا لم يكن له) إلى قوله: (لفضل السبق) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 265.

(9) كلمة (الإنسان) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

وإذا استغنى عنه، أو وَجَدَ موضعًا يبعد الضرر عن جاره؛ فليس له فعله[1]، وعليه أن يبعد عن ذلك؛ لأنَّه يقدر أن ينتفع بما يريد فِعْله من حيث لا يضر بجاره، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[2]، وهذا القول أصح، والله أعلم[3].

[فيمن سبق إلى بئرٍ]

(ومن سبق إلى ماء بئر؛ فهو أحق به حتى يأخذ منه كفايته، فإن استغنى عنه؛ كان الفضل لمن بعده، ولا يحل له منعه؛ وكذلك الحشيش، والحطب[4]، وسائر المباحات)[5].

أما قوله: **(ومن سبق إلى ماء بئر؛ فهو أحقُّ به حتى يأخذ منه[6] كفايته، فإذا استغنى عنه؛ كان الفضل لمن بعده)** فإنما قال ذلك؛ لما رُوي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ**»[7]، ورُوي: «**رَهْوُ بِئْرٍ**»[8].

قال أبو الزناد[9]: النقع والرهو: الماء الواقف الذي [لا يسقى عليه، أو][10] يُسقى عليه، وفيه فضلٌ[11].

ولأنه ماء مباحٌ لا صُنع له في استخراجه؛ فليس له إلا مقدار ما ينتفع به، والباقي هو

---

(1) ما يقابل كلمة (فعله) مطموس في (م).

(2) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: **5/414**.

(3) قوله: (فوجه الأول: قوله ﷺ: «لا ضَرر ... القول أصح، والله أعلم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 176**.

(4) كلمتا (الحشيش، والحطب) يقابلهما في (م): (الحطب والحشيش) بتقديم وتأخير.

(5) التفريع (الغرب): **2/ 291** و(العلمية): **2/ 322** و**323**.

(6) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) رواه مالك في موطئه: **4/ 1078**، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم **(599)**.

والطبراني في الأوسط: **1/ 89**، برقم **(266)**.

والبيهقي في سننه الكبرى: **6/ 251**، برقم **(11846)** جميعهم عن عائشة رضي الله عنها.

(8) رواه أحمد في مسنده، برقم **(24811)** عن عائشة رضي الله عنها.

(9) في (م): (الرجال) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(10) عبارة (لا يسقى عليه، أو) ساقطة من (ز) و(م)، وقد أتينا بها من نوادر ابن أبي زيد.

(11) قول أبي الزناد بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 10**.

فيه والناس سواء.

إذا ثبت هذا؛ فالآبار ثلاثة:

بئر ماشية، وبئر زرع، وبئر شفة، وكل هذه الآبار صاحبها أحقُّ بمائها حتى يروي ماشيته أو زرعه، أو ما جعلها له.

فإذا صار إليه كفايته؛ افترق الجواب في الفضلة، فإن جعل الفضل صدقة؛ أنفذ فيما جعله فيه.

وإن لم يجعله في وجهٍ من الوجوه؛ كان في حبسه عمَّن احتاجه لماشيةٍ أو زرع قولان:

فقال مرة: له [م: **289**/ ب] حبسُه.

وقال في كتاب ابن حبيب: ليس له ذلك.

وإن كانت بئر ماشية فيما لا يُمَلَّك من الأرضين؛ لم يكن له حبس الفضل.

قال ابن القاسم في "المجموعة": هذا إذا جعله[1] صدقة.

يريد: وله حبسه إن لم ينو به الصدقة[2]؛ لأنَّ حفر تلك البقعة إحياء لها، فإن لم ينو بها الصدقة؛ كانت كغيرها من الأملاك[3].

وإن حفرها في ملكه؛ كان له الفضل؛ إلا أن ينوي به الصدقة.

فإن نوى بها الصدقة ولم يخص بها زرعًا ولا ماشية، فإن سبق إليه أحد؛ كان أحق به حتى يستغني عنه، فإن استغنى عنه؛ كان الفضل لِمَنْ بعده ولا يحل له منعه[4]؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ**»[5].

---

(1) ما يقابل كلمة (جعله) مطموس في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (به الصدقة) مطموس في (م).

(3) من قوله: (إذا ثبت هذا، فالآبار ثلاثة) إلى قوله: (كغيرها من الأملاك) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6**/ **3264** و**3265**.

(4) قوله: (وإن حفرها في ملكه ... له منعه) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2**/ **947**.

(5) زاد بعد كلمة الكلأ في (م): (قال ابن) وكلمة مطموسة

والحديث متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **4**/ **1077**، في باب القضاء في المياه، من كتاب =

وذلك في البخاري.

ومعنى قول النبي ﷺ: «**لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ**» هم القوم يفضل عن سقي ماشيتهم[1] الماء، فيقضى عليهم بذلك لعامة الناس، وذلك لأن الماشية لا تأكل كلأ الأرض إذا لم تجد ماءً تشربه، فصار منع الماء منعًا من الكلأ[2].

وأما قوله: (وكذلك الحشيش والحطب[3] وسائر المباحات) فالأصل في ذلك قوله ﷺ: «**الناس شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فذكر الماء والكلأ والنار**»[4]، فإذا كان الكلأ في حائطه؛ فله منعه إذا كان ذلك مما يضر به.

قال أشهب في كتاب ابن المواز: يمنعه إذا كان في [ز: 797/ ب] الدخول عليه ضرر، ويجوز أن يأخذ فيه ثمنًا، ويكون الثمن للضرر الذي يدخل عليه.

فإن ضاق الكلأ عن أهل القرية؛ كان لهم أن يمنعوا الطارئ عليهم من الرعي؛ لأنهم إن تركوه اضطر أهل الموضع إلى الانتجاع بمواشيهم، وذلك ضررٌ عليهم، فكان انتجاع الطارئ أَوْلَى[5].

= الأقضية، برقم (598).

والبخاري: 3/ 110، في باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى لقول النبي ﷺ: «لا يمنع فضل الماء»، من كتاب المساقاة، برقم (2353).

ومسلم: 3/ 1198، في باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ، وتحريم منع بذله، وتحريم بيع ضراب الفحل، من كتاب المساقاة، برقم (1566) جميعهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(1) في (م): (مواشيهم).

(2) قوله: (قول النبي ﷺ: «لا يمنع ... من الكلأ) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 212.

(3) كلمتا (الحشيش والحطب) يقابلهما في (م): (الحطب والحشيش) بتقديم وتأخير.

(4) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 278، في باب منع الماء، من أبواب الإجارة، برقم (3477) عن رجل، من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ، ولفظه: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَإِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ».

(5) من قوله: (قال أشهب في كتاب) إلى قوله: (انتجاع الطارئ أَوْلَى) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3273.

[في الصيد يفلت ممن صاده ويلحق بالصيد]

(ومن صاد صيدًا فأفلت منه، ولحق بالصيد، ثم صاده آخر بعده؛ فهو لمن صاده أخيرًا، ولا حقَّ للأول فيه؛ إلَّا أن يجده بقُرْبِ إفلاته قبل أن يلحق بالصيد[1]، ويستوحش منه، فيكون الأول[2] أحق به ممن أخذه بعده)[3].

اعلم أن من صاد صيدًا فأفلت منه ولحِقَ بالصيد[4] واستوحش، ثم صاده بعده آخر؛ فهو لمن صاده أخيرًا[5] ولا حقَّ للأول فيه[6].

قال الأبهري: لأنَّ الصيد لمَّا كان أصله مباحًا أَخذه[7] بغير عوض؛ كان ملكه لمن هو في يده ما دامت يده عليه، فإذا خرج[8] عن يده ورجع إلى أصله من الامتناع، ثم[9] صاده آخر بعده[10]؛ كان للثاني؛ لأنَّه قد ملكه بالمعنى الذي ملكه به الأول، وزال ملك الأول عنه.

وأشبه ذلك الماء يستقيه الإنسان في قِرْبته من بركةٍ أو بئرٍ معينة غير جارية، ثم يصبه[11] في البئر أو البركة بعد أخذه، فقد زال ملكه عنه وعاد إلى ما كان عليه من أصل الإباحة؛ فهو وغيره من الناس سواء في ماء البئر أو البركة؛ لأنَّ أصلَ ذلك كله مباح، ثم عاد ما

---

(1) جملة (قبل أن يلحق بالصيد) يقابلها في (ز): (ويلحق بالصيد).

(2) كلمة (الأول) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 291 و292 و(العلمية): 2/ 323.

(4) كلمة (بالصيد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (ز): (آخر).

(6) قوله: (اعلم أن من صاد ... للأول فيه) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 919.

(7) في (ز) و(م): (أخذ) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(8) ما يقابل كلمتا (فإذا خرج) مطموس في (م).

(9) كلمتا (الامتناع ثم) يقابلهما في (ز): (الامتناع والتوحش، ثم) وما رجحناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(10) كلمة (بعده) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(11) في (ز): (تنضب) وهو غير قطعيِّ القراءة في (م).

كان في يده إلى أصله؛ وكذلك الصيد إذا عاد إلى أصله واستوحش؛ فهو وغيره سواء.

فإن قيل: الصيد يُعرف بعينه، وليس كذلك الماء، فافترقا لهذه العلة!

قيل له: لو وجب لهذه العلة أن يزول ملك صاحبه عنه؛ إذا ذهب في البِرْكَة أو البئر بعد ما ملكه؛ لوجب إذا ذهب له زيت في بركة زيتٍ لغيره أن يزول ملك صاحبه عنه[1]؛ لأنَّه لا يعرف بعينه؛ للزم هذا في اختلاط زيت رجل بزيت رجل آخر، فلمَّا[2] كان هذا غلط بإجماع [م: 290/ أ]، وأنهما شريكان في الزيت على مقدار ما لكلِّ واحدٍ منهما، ولم يكونا كذلك في الماء، فكذلك يجب أن يكون الصيد مثله؛ للمعنى الذي ذكرناه[3]، وهو أنَّ أصله مباح[4].

وقال ابن عبد الحكم: هو لصائده الأول وإن طال زمانه وندوده عنه مثل[5] عشر سنين، فلا يزول ملكه عنه؛ لأنَّ ملكه قد ثَبَت عليه[6]، فلا يزيله استيحاشه؛ لأنَّ حكم[7] أصله قد انقطع بحيازة الأول له، فأشبه ما لو غصب منه أو كان عبدًا فأبق[8].

قال ابن المواز: ولا فَرْق في ذلك بين ما صاده، ولا بين ما اشتراه ممن صاده[9].

قال ابن الجلَّاب ﵁: (إلا أن يجده بقُرْبِ إفلاته قبل أن يلحق بالصيد ويستوحش، فيكون أحق به ممن أخذه بعده)[10].

۞۞۞

---

(1) جملة (إذ ذهب في البركة أو البئر ... صاحبه عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط شرح الأبهري.

(2) كلمتا (بعينه فلما) يقابلهما في (ز): (بعينه؛ للزم هذا في اختلاط زيت رجل بزيت رجل آخر، فلما) وما رجحناه موافق لما في مخطوط شرح الأبهري.

(3) في (ز): (فيه).

(4) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [20/ أ و20/ ب].

(5) في (م): (منذ).

(6) قول ابن عبد الحكم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 353.

(7) كلمة (حكم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) قوله: (وقال ابن عبد الحكم ... عبدًا فأبق) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1494 و1495.

(9) قوله: (قال ابن المواز: ولا فرق ... ممن صاده) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 284.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 291 و292 و(العلمية): 2/ 323.

بابُ البنيان والمرافق[1]

(ويُستحبُّ لمن سَأَلَه جاره أن يغرز [ز: 798/ أ] خشبته في جداره أن يأذن له في ذلك ولا يمنعه منه، فإن أبى؛ لم يُحْكَم عليه)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا يَمْنَعْن أحدكم جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ**»[3]، فنَدَبَ إلى ذلك، وحثَّ عليه.

إذا ثبت هذا؛ فقال مالك: (ويُستحب لمن سأله جاره أن يغرز[4] خشبه في جداره أن يأذن له في ذلك ولا يمنعه؛ للحديث)[5].

قال مالك: وذلك على وجه المعروف والترغيب[6] في الوصية بالجار، ولا يُقضى به؛ لأنَّ الجدار ملك موضوعه[7] المشاحة؛ فجاز له أن يمنع منافعه كركوب دابته، ولباس[8] ثوبه[9].

ولأنَّ الحائط ملكٌ له؛ فلم يكن عليه بذله لغيره يتصرف فيه، كما لو أراد أن يفتح فيه بابًا أو كوَّة، ولأن[10] في ذلك رفقًا بالجار ومعونةً له على ما يريد، وهو من مكارم

---

(1) جملة (بابُ البنيان والمرافق) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 292 و(العلمية): 2/ 323.

(3) متفق على صحته، رواه البخاري:2/ 132، في باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره، من كتاب المظالم والغصب، برقم (2463).

ومسلم: 3/ 1230، في باب غرز الخشب في جدار الجار، من كتاب المساقاة، برقم (1609) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(4) في (ز): (يغرس).

(5) جملة (في جداره أن يأذن له في ذلك ولا يمنعه؛ للحديث) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (ز): (والرغبة).

(7) في (ز): (موضوع).

(8) كلمة (ولباس) يقابلها في (ز): (أو كلباس).

(9) قول الإمام مالك بنصِّه في المنتقى، للباجي: 7/ 409.

(10) كلمتا (كوَّة ولأن) يقابلهما في (ز): (كوَّة في جداره أن يأذن له ولا يمنعه للحديث، ولأن) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

الأخلاق.

فإن أبى؛ لم يقض عليه به؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَن طِيبِ نَفْسٍ**»[1].

قال الأبهري رحمه الله: ولأنَّه لا يجوز لأحدٍ أن يجبر أحدًا على أن يفعل في ملكه ما يضر به من غير أن يجب عليه إلا بطيب نفس منه.

[فيمن أراد قلع خشبة جاره من جداره بعد أن أذِن له في غرزها]

(ومن أذن لجاره أن يغرز خشبةً في جداره؛ فليس له قلعها إلَّا أن يريد هدم جداره، أو تغيير داره.
وإن أعاره عارية مطلقة؛ فهي على[2] التأبيد؛ إلَّا أن يحتاج إلى تغيير حائطه، فيأمره بقلع خشبته، وإن أعارها إياه[3] إلى مدة معلومة؛ فله قلعها بعد المدة)[4].

اعلم أن من أَذِنَ لجاره أن يغرز[5] خشبة في جداره، ثم طالبَه بقلعها، فإن كان لحاجةٍ، مثل أن يريد بناء جداره، أو لأمر لا بدَّ له منه؛ فله ذلك؛ لأنَّه لم يتكلف من حق الجار ما يضر به.

وإن لم تكن به ضرورة إلى ذلك، وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته؛ لم يمكَّن من ذلك؛ لأنه قد أباح لجاره منفعة تكلَّف فيها مؤنة ونفقة؛ فليس له أن يبطل عليه نفقته لمجرد

---

(1) قوله: (ولأن الحائط ملكٌ له؛ فلم ... طيب نفس) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 177 و178.

و الحديث تقدم تخريجه في باب من استودع إناءً فانكسر، من كتاب الوديعة: 278/7.

(2) كلمة (على) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) ما يقابل عبارة (وإن أعارها إياه) مطموس في (م).

(4) كلمة (المدة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

التفريع (الغرب): 2/ 292 و(العلمية): 2/ 323.

(5) كلمتا (أن يغرز) يقابلهما في (ز): (في غرز).

الإضرار به، ويفارق حال الابتداء؛ لأنَّه إذا لم يأذن له في الابتداء؛ لم يتعلق له[1] عليه حق، فإذا أَذِنَ له فقد تعلَّق له حق؛ فليس له الرجوع فيه[2].

قال مالك: وإذا أراد بيع جداره، فقال له: (اقلع خشبتك) فليس له ذلك[3].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لجواز أن يتركها المشتري له، ولأنَّ نزعَها ليس لأن ينتفع هو بمكانها؛ فليس له ذلك.

وإذا هدم[4] بنيانه ثم بناه ثانية؛ فلا يلزمه أن يعيدَ الخشبة؛ لأنها عارية في شيءٍ مخصوص وقد زال.

[م: 290/ ب] وأما قوله: (وإذا أعاره إلى مدةٍ معلومة؛ فله قلعه بعد المدة)؛ لأنه لم يلتزم له ذلك إلى الأبد، وإنما التزمه إلى مدةٍ معلومة وقد انقضت؛ فلا يلزمه أكثر منه.

[فيمن فتح كوَّة في جداره]

(وليس للرجل أن يفتح في جدار نفسه كوَّة يشرف[5] منها على جاره.
ولا بأس أن يفتح كوَّة عالية يُضيء بها داره وبيته.
ولا [ز: 798/ ب] بأس أن يُعلي الرجل بناءه وإن أضرَّ ذلك بجاره)[6].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[7].

فإذا ثبت ذلك، فمَنْ أراد أن يفتح في جداره كوَّةً، فلا تخلو تلك الكوَّة من وجهين: إمَّا أن تكون قريبةً يُشرف منها على جاره، أو بعيدةً برسمِ النور، فإن كانت قريبة

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) من قوله: (اعلم أن من أذن لجاره أن يغرز) إلى قوله: (فليس له الرجوع فيه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 178.

(3) قول مالك بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 942 .

(4) ما يقابل كلمتا (وإذا هدم) مطموس في (م).

(5) في (م): (ليشرف).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 292 و293 و(العلمية): 2/ 324.

(7) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: 5/414.

يشرف منها على جاره، مُنِع من ذلك؛ لأنَّ في اطلاعه على جاره وإشرافه عليه إضرارًا بالجار، وليس له ذلك، ولأنَّ الحائط وإن كان مَلَكَه؛ فليس له أن يفعل فيه ما يضر بجاره[1].

قال الباجي[2]: لأنَّ هذه مضرة أَحْدَثها على جاره، فلزمه إزالتها[3]، وإن كانت بعيدة برسم النور؛ ليضيء بها منزله، ولا يشرف[4] منها على جاره؛ لم يُمنع.

قال الأبهري: لأنَّه لا ضررَ عليه فيها، ولا على جاره ضرر بمنعِه من ذلك.

وحدُّ ذلك: ألَّا ينالها المار وهو قائم، فإن كان ينالها المار؛ مُنع من ذلك، قاله أشهب[5].

وكتب عمرُ في هذا "أن يوقف على سرير، فإنْ نظر إلى ما في دار جاره؛ مُنِعَ من ذلك وإلَّا لم يمنع"[6].

واختُلِفَ فيمن رفع بنيانه وأضرَّ بجاره، وأظلم على أبواب غرفته[7]، ومَنَعَه الشمس أن تقع في حجرته، هل يمنع من ذلك أم لا؟

فقال مالك رضي الله عنه: لا يُمنع من ذلك وإن أضرَّ بجاره[8].

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنَّه شيء في[9] ملكه؛ فليس لجاره أن يمنعه من ذلك، وإن كان بناؤه يستره من الشمس والريح.

---

(1) قوله: (فإذا ثبت ذلك... ما يضر بجاره) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 178.

(2) كلمة (الباجي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (قال: لأن هذه... فلزمه إزالتها) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 405.

(4) في (ز): (يتشرف).

(5) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 46.

(6) قوله: (وكتب عمرُ في هذا... ذلك وإلَّا لم يمنع) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 197، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 285.

(7) في (ز): (غرفه).

(8) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 529، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 169.

(9) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

وذكر ابن شعبان أن ذلك من الضرر الممنوع[1].

وقال ابن كنانة: إذا رفع بنيانه؛ ليضرَّ بجاره من شمس يمنعه منفعتها، أو لضرورة يُدخلها عليه، ولا نفع له في بنيانه؛ فإنه يُمْنَع من هذا[2].

[في الحائط المشترك]

(وإذا كان حائطًا مشتركًا بين اثنين؛ فليس لأحدهما أن يتصرَّف فيه إلَّا بإذن شريكه، وكذلك كل ما اشترك فيه)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ حقَّه غير متميِّز من حقِّ شريكه، فلم يكن له أن يتصرَّف فيه؛ إلَّا بإذن شريكه[4].

[في انهدام الحائط المشترك]

(وإذا انهدم[5] الحائط المشترك وكان سترة بين اثنين، فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنه يُجْبَر الذي أبى منهما على بنائِه مع شريكه.

والرواية الأخرى أنه لا يُجْبَر عليه، ولكن يقتسمان عرصة الحائط ونقضه، ثم يبني مَن شاء منهما لنفسه)[6].

فوجه قوله: (**إنه يُجْبَر على بنائه مع شريكه**) قوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[7]، وفي

---

(1) ما يقابل جملة (وذكر ابن شعبان أن ذلك من الضرر الممنوع) مطموس في (م).

وقول ابن شعبان في المنهج المبين، للفاكهاني، ص: **485**.

(2) قول ابن كنانة بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 38**.

(3) عبارة (ما اشترك فيه) يقابلهما في (ز): (مال مشترك) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

والتفريع (الغرب): **2/ 293** و(العلمية): **2/ 324**.

(4) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ... بإذن شريكه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 180**.

(5) في (ز): (تهدَّم).

(6) التفريع (الغرب): **2/ 293** و(العلمية): **2/ 324**.

(7) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: **5/414**.

ترك البناء إضرارٌ بشريكه؛ لأنَّه يطَّلِعُ عليه ويشرف[1] على منزله، ولأنه لو أراد أن يفتح عليه كوَّة ليشرف[2] منها عليه؛ لم يكن له[3] ذلك، فكذلك ههنا[4].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللهُ: ولأنَّ امتناعه[5] مع حاجته إلى بنائه إضرار بنفسه[6] وبشريكه؛ فلا يُتْرَكُ وذلك، فليس له[7] أن يدع [م: 291/ أ] بناء شيء يحتاج إليه، ويقصد بذلك الإضرار بشريكه؛ فإمَّا بنى أو قاسَمَ إن كان مثله ينقسِم، أو باع ممن بَنَى مع [ز: 799/ أ] شريكه، وهذا القول أقيس، والله أعلم.

ووجه قوله: (إنه لا يجبر) هو أنه لا يُجْبَر أحدٌ أن يبني في ملكه، كما لو انفرد، وليس[8] إذا تعلَّق بذلك حق الشريك يوجب[9] إجبار الشريك [الآخر][10] عليه؛ لأنَّ[11] حق الشريك إنما هو في منع هذا من الاطلاع عليه، أما في وجوب البناء؛ فلا.

وإذا ثبت أنهما لا يجبران؛ فإنهما يقتسمان عرصة الحائط ونقضه، ثم يبني من شاء منهما لنفسه[12].

قال شيخنا: وهذا إذا أمكن قسمته مثل[13] أن يكون الحائط ببئرين؛ فإنَّ مثل هذا

---

(1) في (ز): (ويتشرف).

(2) في (ز): (يتشرف).

(3) كلمتا (يكن له) يقابلهما في (ز): (يلزمه).

(4) قوله: (فوجه قوله: إنه ... فكذلك ههنا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 180.

(5) كلمة (امتناعه) يقابلها في (ز): (امتناع الشريك).

(6) في (ز): (به).

(7) ما يقابل كلمتا (فليس له) مطموس في (م).

(8) ما يقابل كلمة (وليس) مطموس في (م).

(9) في (ز) و(م): (وجب) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(10) كلمة (الآخر) زيادة أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(11) في (ز): (لأنه).

(12) قوله: (ووجه قوله: إنه لا ... لنفسه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 180.

(13) كلمتا (قسمته مثل) يقابلهما في (ز): (قسمته، وهذا مثل).

يحتمل القسم، ويمكن أن يمتاز كل واحدٍ منهما بحائطٍ ينفرد به.

فأمَّا إذا كان الحائط صغير العرصة، ولم يتَّفقا على البناء فقال ابن كنانة[1]: لا يُجْبر على بنيانه، ومن شاء منهما أن ينتزعه لنفسه[2]؛ فليفعل.

وقال ابن القاسم: إما بنَيْتَ، وإلا فبعْ معه[3].

فرع:

فإن بنى أحدهما ومنع صاحبَه أن ينتفع معه حتى يعطيه النفقة؛ فإنه يقال لمن لم يَبْنِ: إما أن تأمره بهدمِهِ ثم تبنيَه معه، وإلَّا فأعطه نصف قيمة البناء منقوضًا[4] ويبقى بينكما، وليس لك[5] أن تنتفع[6] به حتى تفعلَ أحد الأمرين.

قال في "العتبية": فإن كان لأحدهما فهدمه ربُّه، أو انهدم بغير فِعْله وهو قادرٌ على ردِّه، فتركه ضررًا؛ أُجبر على ردِّه، فإن ضعف عن إعادته؛ عُذر، وقيل للآخر: استر [على][7] نفسك إن شئت[8].

قال ابن القاسم: وإن انهدم بأمرٍ من الله سبحانه؛ لم يُجْبَر على إعادته.

وكذلك إن هدمه هو لوجهِ منفعةٍ، ثم عجز عن ذلك أو استغنى عنه؛ فإنه لا يجبر على ردِّه، ولو هدمه لضرر؛ جُبِر على أن[9] يعيده.

---

(1) في (ز): (لبابة).

(2) كلمتا (ينتزعه لنفسه) يقابلهما في (ز): (يستر على نفسه).

(3) قوله: (فقال ابن كنانة: لا يجبر على ... فبع معه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 96** و**97**.

(4) في (ز): (مفروضًا).

(5) في (ز): (له).

(6) ما يقابل كلمة (تنتفع) مطموس في (م).

(7) ما بين المعكوفتين زيادة أتينا بها من البيان والتحصيل.

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: **9/ 220** و**221**.

(9) كلمتا (على أن) يقابلهما في (ز): (على رده أن) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

وقال ابن سحنون: لا يجبر ربه على بنيانه إذا انهدم في قول ابن القاسم، ويجبر في قول ابن كنانة، وبه أقول[1].

[في البئر المشترك يغور ماؤه]

(وإن كانت بئرٌ بين اثنين فغارت؛ فإصلاحها عليهما جميعًا.

فإن أراد أحدهما بناءها[2]، وأبى الآخر؛ فإنها[3] تتخرج على روايتين على ما بيَّناه[4] في الحائط المشترك بين اثنين)[5].

فوجه القول بالجبر ما رواه مالك في موطئه أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[6].

ولا شكَّ أن الشريك في امتناعه من الإصلاح مع شريكه[7] مضار؛ لأنه إذا كان قادرًا على البناء معه[8]، ففيه مصلحته مع مراعاة مصلحة الطالب للبناء؛ لأنَّ ملكهما يعمر، فامتناعه من البناء مضارَّة؛ فوجب جبره على البناء.

ووجه القول الثاني هو أن في جبره على البناء مع شريكه[9] إخراج ماله من يده بغير رضاه، وذلك لا يلزمه إلا أن يشاء؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عن طِيبِ**

---

(1) من قوله: (فإن بنى أحدهما ومنع) إلى قوله: (كنانة، وبه أقول) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 96**.

(2) ما يقابل كلمتا (أحدهما بناءها) مطموس في (م).

(3) في (ز): (فإنما).

(4) في (م): (قلناه).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 293 و(العلمية): 2/ 324 و325.

(6) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: **414/5**.

(7) كلمة (شريكه) يقابلها في (ز): (شريك له).

(8) كلمة (معه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) كلمتا (مع شريكه) يقابلهما في (م): (معه).

نَفْسٍ مِنْهُ»(1).

[في إصلاح مسيل الماء]

(ومن كان له مَسيل ماءٍ على(2) سطح رجل، فانهدم؛ فإصلاح السطح على ربه، وليس على صاحب المسيل شيءٌ من نفقته.

ومن كان له شرب [ز: **799**/ ب] **في بستان رجل(3)، فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى تنقية؛ فالتنقية(4) على صاحب الملك والشرب جميعًا)(5).**

اعلم أن من كان له مسيل ماء على سطح رجل فانهدم؛ فإصلاح السطح خاصةً على ربه(6)؛ بخلاف من كان له شرب في بستان رجل، فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى تنقيةٍ؛ فإنَّ التنقية عليهما جميعًا(7).

والفرق بين المسألتين(8) أن صاحب المسيل [م: **291**/ ب] له حق في مرور الماء على السطح؛ فعلى صاحب السطح أن يُمَكِّنه من ذلك، وليس له ملك في السطح، فلم تلزمه نفقة عليه.

وليس كذلك صاحب الشرب، فإن موضعَ الماء مملوكٌ لهما جميعًا؛ فكانت التنقية عليهما جميعًا(9).

---

(1) تقدم تخريجه في باب فيمن استودع إناءً فانكسر، من كتاب الوديعة: **278/7**.

(2) في (ز): (في).

(3) في (م): (لرجل).

(4) كلمتا (تنقية؛ فالتنقية) يقابلهما في (ز): (نفقة؛ فهي).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 293** و**294** و(العلمية): **2/ 325**.

(6) عبارة (خاصَّةً على ربه) يقابلها في (م): (على ربه خاصَّة) بتقديم وتأخير.

(7) قوله: (اعلم أن من كان ... جميعًا) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 949**.

(8) كلمتا (بين المسألتين) يقابلهما في (م): (بينهما).

(9) قوله: (والفرق بين المسألتين ... عليهما جميعًا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 180**.

[في الرجل يملك سفلًا وآخر يملك علوًا، فينهدم السفل]

(وإذا كان لرجل سفل ولآخر علو، فانهدم السفل؛ فإصلاحه وبناؤه وتسقيفه على صاحب السفل.

فإن أبى أن يبنيه؛ أُجْبِر على بنائه.

فإن امتنع من ذلك؛ جاز لصاحب العلو أن يبني السفل[1] من ماله، ثم يمنعه الانتفاع به حتى يَرُدَّ عليه نفقته)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ السقف ملكٌ لصاحب السفل، وحق الأعلى فيما زاد عليه؛ لأنَّ البيت لا يكون بيتًا إلا بسقفه في العادة[3].

وإذا ثبت ذلك؛ لزم صاحب السفل البناء؛ ليصل صاحب العلو إلى حقه، ويتمكن من الانتفاع به.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولما كان صاحب البيت لو انفرد بملكِ البيت من غير أن يكون عليه حق لأحد؛ لكان يحتاج إلى سقف بيته لا بدَّ له من ذلك، فكذلك إذا كان عليه حقٌّ لغيره؛ وجب أن يبني هو البيت وسقفه، ثم يبني صاحب الغرفة الغرفة[4]؛ لأنَّ الغرفة لو انفرد صاحبها؛ لم يكن له بدٌّ من سقف يكنه[5]؛ فلهذا وجب على كل واحدٍ من صاحب البيت والغرفة أن يبني ويسقف.

فإن امتنع صاحب السفل من البناء؛ أُجْبِر على ذلك أو على البيع ممن يبني، وإلَّا أدَّى إلى إبطال ملك الأعلى.

---

(1) في (ز): (السقف).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 294 و(العلمية): 2/ 325.

(3) قوله: (لأنَّ السقف ملكٌ لصاحب السفل ... في العادة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 178.

(4) عبارة (ثم يبني صاحب الغرفة الغرفة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (يكنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

قال اللخمي: قال سحنون رضي الله عنه: وإنما يجوز البيع على هذا الشرط إذا كان البائع لا مال له، وإن كان البائع له مال؛ لم يجز البيع بشرط البناء[1].

يريد: ويُجْبَر على أن يبني.

قال ابن القصَّار: يجبر صاحب السفل على البناء؛ إلَّا أن يختار صاحب العلو أن يبنيه من ماله [ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيَه ما أَنْفق][2].

ويجبر صاحب السفل على أن يبني أو يبيع ممن يبني، أو يمكن صاحب العلو من البناء إذا رضي بذلك، ثم يكونان شريكين في السفل هذا بقيمة القاعة، والآخر بقيمة البناء؛ إلَّا أن يعطيه بعد ذلك قيمة البناء قائمًا يوم أَخَذَه.

واختُلِف إذا وَهَى السفل على من يكون تعليق العلو؟ هل ذلك على صاحب السفل أو على[3] صاحب العلو؟

والذي أستحسِن أن يكون على صاحب العلو[4].

فإذا تنازعا السقف؛ حكم به لصاحب السفل؛ لأنَّ العرف جارٍ بأن البيت إنما يكون بيتًا بسقفه؛ لأنَّ الناس إنما يسكنونه مسقفًا، والحكم عند التنازع لمن شهد [ز: **800**/ أ] له العرف، ولأنَّه لو باع بيتًا لدخل[5] سقفه بالإطلاق، فعلم أنه منه[6].

---

(1) قول سحنون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 84**.

(2) عبارة (ويمنع صاحب ... يعطيه ما أنفق) ساقطة من (ز) و(م)، وقد أتينا بها من تبصرة اللخمي.

(3) كلمة (على) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **11/ 5966** و**5967**.

(5) في (ز): (أدخل).

(6) قوله: (فإذا تنازعا السقف؛ حكم به ... أنه منه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 179**.

[في الرجل تنهار بئره ولجاره بئرٌ فيها فضل]

(ومن زرع زرعًا، فهارت[1] بئره وانقطع سقيه، وخِيف على زرعه، ولجاره بئرٌ فيها فضلٌ عن شربه؛ فعليه أن يمكِّن صاحب الزرع المخوف عليه من فضل مائه[2] حتى يصلح بئره، فإن امتنع من ذلك؛ أُجْبِر عليه)[3].

اعلم أن من زرع زرعًا فهارت[4] بئره وانقطع سقيه، وخيف على زرعه، ولجاره[5] بئرٌ فيها فضل عن شربه؛ فعليه أن يمكِّن صاحب الزرع المخوف عليه من نقل[6] مائه؛ ليحيي[7] زرعه، ويجبر على ذلك إن أبى؛ لأنَّ فيه إحياء زرع جاره من غير مضرة تلحقه.

قال الأبهري: ولأنَّ الذي انهارت بئره به ضرورة إلى أن يسقي بفضل ماء جاره؛ لئلا يهلك زرعه؛ لأنه ينتفع بذلك ولا يضره هو أن يسقي ماءه[8].

[م: 292/ أ] وقال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[9].

وقد رَوى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ**»[10].

---

(1) في (ز): (فانهارت).

(2) كلمتا (فضل مائه) يقابلهما في (ز): (فضله).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 294 و(العلمية): 2/ 326.

(4) في (ز): (فانهارت).

(5) في (ز): (ولصاحبه).

(6) جملة (شربه؛ فعليه أن يمكِّن ... من نقل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) في (ز): (يحيي).

(8) عبارة (بفضل ماء جاره؛ لئلا ... يسقي ماءه) يقابلها في (ز): (جاره بفضل مائه).

(9) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: 414/5.

(10) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 4/ 1077، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم (598).

والبخاري: 3/ 110، في باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى لقول النبي ﷺ: «لا يمنع فضل الماء»، من كتاب المساقاة، برقم (2353).

=

ورَوى القعنبي عن عمرة عن عائشة أن رسول الله ﷺ **«نهى أن يمنع نقع ماء بئر»**[1].

ويقال لصاحب البئر: (خذ أنت في صلاح بئرك) فإن ترك ذلك وتشاغَل عن إصلاح بئره اتّكالًا على جاره؛ لم يلزم جاره أن يبذلَ الفضلة[2].

واختُلِفَ هل يُجبر جاره على أن يدفعَ له الفضلة[3] بثمنٍ أو بغير ثمنٍ؟

فقال مالك مرة: لا شيء له[4].

ورُوي عنه[5] -أيضًا- أنه يرجع عليه بالثمن[6].

فوجه القول الأول فلأنَّ ذلك حقًّا للجارِ على[7] طريق الإعانة مع كون أصله مباحًا.

قال القاضي[8]: ولأنه أصلٌ[9] يقضى به، فلم يكن[10] فيه ثمنٌ يلزم[11].

ووجه القول الثاني فلأن وجوب البدل إنما[12] هو خوفٌ من الإتلاف، وذلك

= ومسلم: 3/ 1198، في باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ، وتحريم منع بذله، وتحريم بيع ضراب الفحل، من كتاب المساقاة، برقم (1566) جميعهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(1) صحيح، رواه ابن ماجة: 2/ 828، في باب النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ، من كتاب الرهون، برقم (2479).

وأحمد في مسنده، برقم (24741) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(2) قوله: (ورَوى القعنبي عن ... يبذل الفضلة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 177.

(3) في (ز): (الفضل).

(4) في (ز): (عليه).

(5) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قوله: (واختلف هل يُجبر... أنه يرجع عليه بالثمن) بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 393.

(7) ما يقابل عبارة (حقًّا للجار على) مطموس في (م).

(8) في (م): (الباجي).

(9) في (م): (فصلٌ).

(10) في (ز): (يمكن).

(11) ما يقابل كلمة (يلزم) مطموس في (م) بمقدار ثلاث كلمات.

(12) جملة (ووجه القول الثاني: فلأن وجوب البدل إنما) يقابلها في (ز): (وإنما).

لا[1] يتضمن ترك العوض[2].

قال[3] الباجي: ولأنه عقدُ تمليك وجبَ الحكم به لرفع ضرر، فكان ذلك بعوض كالشفعة[4].

وكل هذا إذا كان صاحب الزرع قد زرع على بئر، ثم انهارت بئره، أو انقطع[5] سقيه، فأمَّا إذا زرع على غير بئر اتكالًا على ما جاء به[6]؛ فإن لجاره أن يمنعه؛ لأن الماء ملكٌ له؛ فلا يلزمه بذله إلَّا إذا شاء أو كانت ضرورة، وههنا لا ضرورة؛ لأن الزارع هو الذي أتلف زرعه حين[7] زرع على غير ماء، وليس كذلك إذا زرع على ماء، فانقطع[8].



(1) كلمة (لا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في جامع ابن يونس.

(2) من قوله: (فوجه القول الأول) إلى قوله: (يتضمن ترك العوض) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 269 و270.

(3) كلمتا (العوض قال) يقابلهما في (ز): (العوض ووجه القول الثاني: قال).

(4) المنتقى، للباجي: 7/ 402.

(5) كلمتا (أو انقطع) يقابلهما في (ز): (وانقطع).

(6) ما يقابل كلمتا (جاء به) مطموس في (م).

(7) جملة (يلزمه بذله إلَّا إذا شاء ... زرعه حين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في معونة عبد الوهاب.

(8) قوله: (وكل هذا إذا ... ماء، فانقطع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 177.

بابُ القضاء فيما طرح من السفن[1]

(وإذا أصاب المركب الخوف من[2] الغرق، فطرح بعض ما فيه بإِذنِ أهله، أو بغير إذنهم؛ فهم شركاء فيه على قدر[3] أموالهم)[4].

اعلم أنه إذا خِيف على المركب الغرقُ، فطَرَحَ بعض ما فيه من المتاع[5] بإذن أهله، أو بغير إذنهم؛ فهم في المتاع المطروح شركاء بقدر أموالهم[6].

قال الأبهري: لأنَّ بطرحِه يسلم متاعهم، وليس مال أحدهم بالترك[7] والبقاء أوْلَى من الآخر؛ فوجب أن يكون ما طرح على كل من له متاع يقسط[8] ذلك عليهم بقيمته؛ لأن بطرحه سلم متاعهم، ولا كراء لصاحب المركب فيما طرح من المتاع؛ لأن صاحب [ز: **800**/ ب] المتاع لم ينتفع بحمله.

قال عبد الوهاب: وليس لأحدٍ منهم الامتناع[9] من طرح متاعه، ولا يجوز له ذلك إذا احتيج إلى تخفيف المركب، ورُجيت بذلك نجاتهم؛ لأنَّ في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره.

وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه، أو طرحه غيره؛ فالحكم فيه سواء؛ لأن الطارح فَعَلَ ما يجب على هذا فِعْله، فكان كالنائب عنه.

وإنما قلنا: (إنه يكون بينهم على قدر أموالهم)؛ لأن الحق في ذلك لجميعهم، فكانوا

---

(1) جملة (بابُ القضاء فيما طرح من السفن) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمتا (الخوف من) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(3) كلمتا (على قدر) يقابلهما في (م): (بقدر).

(4) التفريع (الغرب): 2/ **295** و(العلمية): **2/ 326**.

(5) كلمتا (من المتاع) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(6) قوله: (اعلم أنه إذا خيف ... بقدر أموالهم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 180**.

(7) في (م): (بالتوفية).

(8) في (ز): (تقسيط).

(9) في (ز): (الانتفاع).

شركاء في ذلك[1].

(ولا شيء على صاحب المركب، ولا على الأُجراء، ولا على الرُكَّاب الذين لا مال لهم فيه)[2].

اعلم أنه إذا أصاب المركبَ الغرقُ، فطُرِحَ بعض ما فيه؛ فلا شيء على صاحب المركب، ولا على الأجراء؛ كانوا أحرارًا أو مماليك؛ إلَّا أن يكون المماليك للتجارة، فتُحسب قيمتهم؛ كانوا مسلمين أو كافرين.

قال الأبهري: لأنَّ العبيدَ أموالٌ كسائر أموال التجارة؛ فوجب أن تُقَسَّط[3] قيمة المطروح على كلِّ المال من العبيد والمتاع، ولا شيء[4] على الركاب الذين لا مال لهم فيه.

قال الأبهري: لأنهم ليسوا أموالًا، فلا يلزمهم من قيمة المتاع المطروح شيء؛ لأنها إنما تلزم الأموال دون غيرها.

وهل يدخل مَن معه دنانير أو دراهم في القسط أم لا؟

اختُلِفَ في ذلك على قولين فقال ابن حبيب: ومن كان معه [م: **292**/ ب] دنانير أو دراهم يريد بها التجارة؛ فإنها تحسب، وما كان مِنْ ذلك لنفقة الرجل في سفرِهِ أو لنفقته في الحج؛ فلا يحسب.

وقال ابن ميسر: من كانت[5] معه دنانير أو دراهم؛ فلا يلزمه من قيمة ما طرح شيء؛ لأن الدنانير والدراهم في الغالب لا يتأتَّى منها ضررٌ على المركب[6]؛ لأنَّ الغالب منها أنها

---

(1) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **2**/ **180** و**181**.

(2) التفريع (الغرب): **2**/ **295** و(العلمية): **2**/ **326**.

(3) في (ز): (تسقط).

(4) كلمة (شيء) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) في (ز): (كان).

(6) من قوله: (فقال ابن حبيب: ومن كان) إلى قوله: (ضرر على المركب) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **8**/ **492**.

تكون قليلة، فلم يأتِ على المركب ضرر مِن قِبَلها، وأما المتاع؛ فهو مما يتأتى على المركب فيه الضرر؛ لأنه يثقلها، وهو -وإن قلَّ- فهو[1] من جِنْسِ ما يثقلها بخلاف الدنانير والدراهم.

ووجه القول الأول هو أنها من جملة الأموال، وما طرح كان سببًا في بقائها؛ فوجب دخولها في التقسيط.

قال ابن يونس: واختُلِفَ في جرم المركب هل يدخل في القسط[2] أم لا، فذكر ابن حبيب عن سحنون أن جُرْمَ المركب يدخل في قيمة ما طرح.

وهو[3] القياس؛ لأنَّ بذلك الطرح سلم الجميع؛ فوَجَبَ أن يكون على كل ما بقي حصته مما طُرِح.

وذكر ابن عبد الحكم أنه قال: أجمع أصحابنا على أن المركب لا تدخل في شيء من أمر الطرح[4].

قال مالك في مختصر ابن عبد الحكم: لأنَّه لو كان وحده؛ نجا.

قال الأبهري: لأنه لا يغرق؛ بل يبقى على [الماء][5]؛ فلا يلزمه شيء في [المحاصة][6]؛ لأن السفينة لا تغرق[7] ولو كانت فارغة، ولأنَّ السفينة ليست محتاجة إلى المتاع، والمتاع يحتاج إلى السفينة؛ لأنَّها لو كانت فارغة؛ لم تعطب [ز: **801**/ أ] فلم يجب على صاحبها قيمة.

قال ابن القاسم: وإذا طرح من المركب شيء عند الخوف؛ فكل واحد من أهل المركب

---

(1) كلمة (فهو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (التقسيط).

(3) ما يقابل عبارة (قال ابن يونس: وهو) مطموس في (م).

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **8**/ **493**.

(5) ما بين المعكوفتين يقابله طمس في (م)، التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(6) ما بين المعكوفتين يقابله طمس في (م)، التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(7) جملة (بل يبقى على الماء ... لا تغرق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

يصدَّق مع يمينه في ثمن متاعه المطروح ما لم يأت بما يستنكر[1] ويتبين كذبه[2].

وقال سحنون في "العتبية": يقبل قول كل واحد منهم بلا بينة، ولا يحلف إذا ظهر صدقه إلا أن يتهم؛ فيحلف[3].

قال بعض أصحابنا: وإذا طرح من المركب متاع عند الهول، فادَّعى من طرح له المتاع أنه كان متاعًا كثيرًا، وقال صاحب المركب: لم يحمل معي إلا أقل؛ فإنه يرجع في هذا إلى ما في الشرقيل[4]؛ لأنَّه جرى أمر الناس عليه.

وما كان في داخل المتاع مما يخفى ذكره في الشرقيل[5]؛ فالقول فيه قول صاحب المتاع مع يمينه إذا أتى بما يشبه أن يتملك مثله[6].

[حساب الرقيق إذا كانوا للتجارة أو نواتية حين طرح المتاع]

(وما كان فيه[7] من الرقيق للتجارة؛ حُسِب على أربابه بقدر أثمانهم[8]، وما كان من الرقيق[9] نواتيَّة، وهم الملَّاحون؛ لم يحسب عليهم شيء)[10].

اعلم أنه إذا طرح أهل المركب ما نجوا به؛ حسب ذلك على جميع ما في المركب

---

(1) كلمتا (بما يستنكر) يقابلهما في (ز): (بما لم يستنكر).

(2) قول ابن القاسم بنحوه في الأحكام، لابن حبيب (بتحقيقنا)، ص: **234** و**235**.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: **9/ 85** و**86**.

(4) في (ز) و(م): (الشرنبيل)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.
البرزلي: الشرقيل هو الزمام.اهـ. من نوازل البرزلي: **3/ 644**.

(5) في (ز) و(م): (الشرنبيل)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) من قوله: (قال ابن القاسم: وإذا طرح) إلى قوله: (يشبه أن يتملك مثله) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **8/ 493** و**494**.

(7) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (ز): (أثمانها).
ما يقابل كلمة (أثمانهم) مطموس في (م).

(9) كلمتا (من الرقيق) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) التفريع (الغرب): **2/ 295** و(العلمية): **2/ 326**.

مما يراد به التجارة من جوهر[1] أو غيره مما تقل مؤنة حمله أو تكثر، ولا شيء على خَدَمة المركب أحرارًا كانوا أو مماليك؛ إلا أن يكون المماليك للتجارة[2].

قال الأبهري: لأنهم أموال كسائر المتاع؛ فوجب أن تقسط قيمة المطروح على كل المال من العبيد والمتاع.

قال الأبهري: وقال بعض أصحابنا: إنه لا شيء على سادات العبيد[3] من قيمة ما طرح من المتاع.

قال: لأنَّ العبيد لا يجوز طرحهم لحرمتهم، كما لا يجوز طرح الأحرار لحرمتهم؛ بل ذلك على[4] المتاع الذي يجوز طرحه.

والصحيح ما قاله مالك أن قيمة ذلك على المال جملة عبيدًا كانوا أو غيرهم؛ لأنه لولا ما طرح من المتاع لتلف مالهم كلهم، وإذا كان كذلك؛ فلا فَرْق بين أن يكون [م: **293**/ أ] ما سلم من المال عبيدًا أو متاعًا، والله أعلم.

وأما قوله: (وما كان من الرقيق[5] نواتية وهم الملَّاحون لم يحسب عليهم شيء).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ في بقائهم صلاحًا[6] لأهل المركب لقيامهم بالمركب؛ فوجب ألَّا يكون على سيدهم من قيمة ما طرح من المتاع شيء؛ لأن في بقائهم في المركب صلاحًا لأهله[7] وللمتاع الذي فيه، وفي طرحهم ضرر عليهم -لو جاز طرحهم- وليس كذلك رقيق التجارة؛ لأنَّ في بقائهم في المركب ضررًا على أهل المركب، والمتاع الذي فيه، وفي طرحهم -لو جاز طرحهم- منفعة لأهل المركب

(1) في (ز): (خدمة).
(2) قوله: (اعلم أنه إذا طرح ... المماليك للتجارة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ **112**.
(3) كلمة (العبيد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
(4) حرف الجر (على) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).
(5) في (م): (رقيق).
(6) في (ز): (إصلاحًا).
(7) كلمة (لأهله) يقابلها في (م): (لأهل المركب).

والمتاع الذي فيه، فافترقا لهذه العلة.

قال ابن حبيب: ومن كان معه دنانير أو دراهم ناضَّة يريد بها التجارة؛ فهي داخلة في القسط، إلَّا ما كان من نفقة سفره، أو[1] لا يريد بها[2] التجارة؛ فلا تحسب[3].

وذُكِرَ عن[4] ابن ميسر [ز: **801**/ ب] أنه قال: من كان معه عين[5]؛ فلا يلزمه شيء من قيمة ما طرح من المركب.

قال ابن عبد الحكم: أجمع مالك وأصحابه أن كل ما اشتري للقُنية؛ عبيدًا كانوا أو كسوة أو حليًّا أو جواهر فإنه لا يدخل منه شيء في حساب ما طرح.

وما طرح مما اشتري للقنية؛ فمصيبته من صاحبه دون غيره قليلًا كان أو كثيرًا؛ لأنَّه زائل من حكم التجارة، وكما لا يدخل حكمه في حكم التجارات[6] إذا طرح ما اشتري للتجارة؛ كذلك حكمه[7] إذا طرح ما حمل فيه للقنية[8] لا يدخل في أموال التجارة، ومصيبته من ربه[9].

---

(1) كلمة (أو) يقابلها في (ز): (وأمَّا ما).

(2) في (ز): (به).

(3) كلمة (تحسب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

و الأحكام، لابن حبيب (بتحقيقنا)، ص: **235**.

(4) حرف الجر (عن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(5) كلمة (عين) يقابلها في (ز): (شيء من العين) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) في (ز): (التجارة).

(7) كلمة (حكمه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمتا (فيه للقنية) يقابلهما في (ز): (للقسمة فيه).

(9) قول الإمام مالك لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ابن عبد البر في الكافي: **2/ 945**.

و من قوله: (قال ابن حبيب: ومن كان معه) إلى قوله: (ومصيبته من ربه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **8/ 492** و**493**.

[تقويم المتاع المطروح في البحر]

(ويقوَّم المتاع المطروح يوم طرحه، وقيل[1]: يوم حمله في المركب، وقيل: يحسب بالثمن[2] الذي اشتري به)[3].

اختُلف في المتاع المطروح متى يقوَّم؟

فقيل: يقوَّم[4] يوم طرحه؛ لأنَّ عليهم قيمته وقت التلف لا قبله[5].

قال الأبهري: وإنما يقال: كم قيمته في هذه الحال إذا لم يكن خوف الغرق؟

وقد قيل: يوم حُمِلَ في المركب.

قال الأبهري: لأنَّ هذا الوقت هو أقرب الأوقات إلى وقت الغرق؛ فوجب أن يقوَّم حينئذٍ؛ لأن وقت[6] الغرق لا قيمة له.

وقد قيل: (يحسب الثمن الذي اشْتُرِيَ به).

قال الأبهري: لأن الثمن الذي اشتري به معلوم وقيمته غير معلومة، وإنما هي اجتهادٌ باعتبار ما قد علم من الثمن [وليس][7] غيره.

واختلف بما يقوَّم المتاع المطروح؟

فقيل: يوم طرحه؛ لأن سائر المتلفات إنما تقوَّم يوم [الطرح وهو][8] التقويم الذي يتعلق به الضمان.

---

(1) كلمة (وقيل) يقابلها في (ز): (وقد قيل).

(2) في (ز) و(م): (الثمن) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 295 و(العلمية): 2/ 326.

(4) كلمة (يقوَّم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) كلمتا (لا قبله) يقابلهما في (ز): (لا ما قبله).

(6) جملة (هو أقرب الأوقات إلى ... لأن وقت) يقابلها في (ز): (أعني: يوم).

(7) ما بين المعكوفتين يقابله طمس في (م)، التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(8) ما بين المعكوفتين يقابله طمس في (م)، التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

وقيل: يوم حمل في المركب؛ لأنه لا يساوي شيئًا وقت يطرح في الماء ويتلف.

وقيل: يحسب الثمن الذي اشتري به[1]؛ لأنَّه ليس ثمَّ ما يرجع إليه سواه، فكان أَوْلَى.

وقيل: يقوَّم في أقرب المواضع إليه كجزاء الصيد.

قال الأبهري: ولأنَّ في اعتبار قيمته وقت[2] الطرح ضرر على ربه؛ إذ لا قيمة له في تلك الحال؛ فوجب أن تعتبر قيمته في الموضع[3] الذي اشتري به، أو أقرب المواضع إلى الموضع الذي طرح فيه.

[فيمن حلَّ مركبًا من مركبٍ آخر خوف الغرق]

(وإذا شُدَّ مركب بمركب ثم هاجت الريح فحلَّ أحدهما [مركبه من الآخر أو حلَّه غيره][4] من[5] الآخر خوفًا من الغرق فغرق المحلول منهما؛ فلا شيء على من حلَّه)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّهم لو لم يسرحوا المركب لغرقوا جميعًا، فكان ذلك يثقلهم ويضر بهم من حيث لا ينتفع الآخر بشيء، فليس يجوز للإنسان أن يتلف ماله ونفسه إذا قدر على خلاص ذلك [م: 293/ ب] من التلف؛ فلهذا قال مالك: إنهم لا شيء عليهم؛ لأنهم إنما خلصوا أموالهم وأنفسهم[7] من الغرق.

ومن "النوادر": سُئِل مالك رضي الله عنه عن مراكب ثلاثة[8] أصابها ريح، فرَبَط أحدهم

---

(1) قوله: (قال الأبهري: لأن الثمن الذي اشترى ... اشتري به) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(2) في (ز): (يوم).

(3) كلمتا (في الموضع) يقابلهما في (م): (بالموضع).

(4) عبارة (مركبه من الآخر أو حلَّه غيره) ساقطة من (ز) و(م)، وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(5) حرف الجر (من) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 295، (والعلمية): 2/ 326.

(7) كلمتا (أموالهم وأنفسهم) يقابلهما في (م): (أنفسهم وأموالهم) بتقديم وتأخير.

(8) في (ز): (عِدة).

مركبه إلى صخرة، ثم ربط إليها أصحاب الثاني، ثم حطَّ أهل الثالث قلعهم ليربطوا مركبهم إلى أحد المركبين، فأبى أهلها وخافوا الغرق، ثم احتسب صاحب أحد المركبين[1]، فربطه له فجره المركب الثالث[2] حتى كادوا يغرقوا، فلما خافوا سرحوا المركب الثالث فهلك بما فيه.

قال مالك: لا شيء عليهم[3].

قال بعض المتأخرين: **لأنه لما كان أصل** ربط السفينة بسببِ الخوف عليها؛ كانت تلك حالة تلف و**عطب، فربطوها رجاء سلامتها**، فلما خشوا الموت على أنفسهم وحلوها عادت إلى ما كانت **عليه قبل ربطها، فلم يأت** من قِبَل من حلِّها ضرر على السفينة [ز: **802**/ أ] فليس[4] بسببه غرقت؛ بل لم تزل على الغرق حتى ربطوها، فلما عجزوا عنها تركوها، وأما لو ربطوها في حال سلامة وعدم خوف[5]؛ لكان يلزم مَن حلَّها الضمان؛ لأنَّه نقلها من حال السلامة إلى حال العطب.

قال: ويدل على ذلك ما قاله ابن القاسم فيمن أخذ رجلًا ليعلمه العوم، فلمَّا خاف على نفسه الموت سرحه فمات؛ فهو ضامن لديته[6].

قال: ومن ذلك -أيضًا- ما قاله ابن القاسم في "العتبية" فيمن وَقَعَ في بئرٍ، فصاح برجل يدلي له حبلًا، فدلَّاه ليرفعه[7]، فلما خاف على نفسِه وأعجزه خلاه؛ فإنه ضامن؛ لأنه[8] لمَّا كان الرجل في البئر في حال السلامة ثم نقله إلى حالة خَشِيَ الناقل على نفسه

---

(1) جملة (فأبى أهلها وخافوا الغرق، ثم احتسب صاحب أحد المركبين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في نوادر ابن أبي زيد.

(2) كلمة (الثالث) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في نوادر ابن أبي زيد.

(3) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 529**.

(4) في (م): (ولا).

(5) في (ز): (الخوف).

(6) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 530**.

(7) في (ز): (ورفعه).

(8) كلمة (لأنه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

منها فأطلقه؛ ضمنه؛ لأنه نقله إلى حالة عطب.

قال ابن القاسم: ومن طلب غريقًا، فلما أخذه خشي على نفسه فسرحه؛ فلا شيء عليه[1].

قال ابن المواز: وهذا يشبه مسألة السفينة؛ لأنه إنما أراد نجاته من الخوف الذي نزل به[2]، وليس كَمَن أَمْسَك لرجل حبلًا ينزل به بئرًا يطلب حماها، فثقل على الماسك حتى خَشِيَ على نفسه أن يموت، فأطلق الحبل من يده أنه ضامن[3].

[في المركبين يصطدما]

(وإذا اصطدم مركبان في جريهما، فانكسر[4] أحدهما؛ فلا ضمان على الآخر، بخلاف الفرسين المصطدمين)[5].

اعلم أنه إذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر أحدهما، فلا ضمان على الآخر إذا كان ذلك بأمرٍ غالب من ريحٍ أو موج.

قال الأبهري: لأنهم مغلوبون غير قادرين على صرفها؛ فلا شيء عليهم؛ لأنهم لا اختيار لهم في ذلك ولا صنع[6]؛ بل هم مضطرون إلى ذلك مغلوبون عليه.

ولو علم أن النوتي يقدر على أن يصرفها، فلم يفعل؛ ضمن.

وأما إن اصطدم فارسان، فمات الفرسان والراكبان[7]؛ ففرس كل واحد منهما في مال الآخر، ودية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، وأما إن سلم أحدُهما بفرسه؛ ففي ماله

---

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 16/ 76 و77.

(2) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 530.

(4) ما يقابل كلمة (فانكسر) مطموس في (م).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 296، و(العلمية): 2/ 327.

(6) ما يقابل كلمتا (ولا صنع) مطموس في (م).

(7) كلمتا (الفرسان والراكبان) يقابلهما في (ز): (الفارسان أو الراكبان) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

فرس الآخر، وعلى عاقلته دية راكبه[1].

قال عبد الوهاب: والفرق بين اصطدام السفينتين والفرسين هو أن اصطدامَ السفينتين لا صُنع لصاحب أحد المركبين[2] في ذلك؛ إذ لا يقدر على ضبطه، ولا على دفع الريح عنه والموج؛ بخلاف الفارسين، فإن التفريط من كل واحدٍ منهما؛ إذ كل واحد منهما قادرٌ على ضبط فرسه ومنعه، وإلا فكان لا يركب فرسًا لا يقدر على ضبطه؛ [م: 294/ أ] لئلا يجني على غيره.

قال الأبهري: ولأنَّ كل واحدٍ منهما يقدر على صرفِ فرسِه؛ لأنَّ جريه باختيار راكبه، وليس كذلك جري المركب بالريح؛ لأنَّ أهل السفينة لا صنع لهم في جريها ولا اختيار لهم في ذلك؛ ألا ترى أنهم لا يقدرون على صرفها عن جهة الريح، والفارس يقدر على صرف فرسه عن جهة الجري، فاختلفا لذلك فضمن[3] الفارسان ما أَتْلفا بجريهما أو أحدهما، فكل واحدٍ منهما يضمن لصاحبه [ز: 802/ ب] ما أتلف من قيمةِ فرسه في ماله، أو تكون دية كل واحدٍ من الرجلين على عاقلة الآخر إذا مات؛ لأنه قتل[4] خطأً.

قال أشهب: لقد خالف في ذلك بعض أهل العلم من أهل[5] العراق فقال[6]: على عاقلة كل واحدٍ منهما نصف دية صاحبه؛ لأنَّ كل واحد منهما قاتل نفسه مع صاحبه[7]، والله الموفق.



---

(1) قوله: (ولو علم أن النوتي يقدر ... دية راكبه) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 446 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 334 و335.

(2) كلمتا (أحد المركبين) يقابلهما في (ز): (أحدهما).

(3) ما يقابل عبارة (فاختلفا لذلك فضمن) مطموس في (م).

(4) في (ز): (قاتل).

(5) عبارة (العلم من أهل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمة (فقال) ساقط من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 528 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 12/ 127.

كتابُ[1] القسمة

(وإذا كانت بين جماعة شركة في دارٍ أو أرضٍ، فطلب أحدهم[2] القسمة وأبى الباقون؛ أُجْبِروا على القسمة حتى يأخذ كل واحدٍ منهم حقه)[3].

والأصل في جواز القسمة قوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينُ...﴾ الآية [النساء: 8]، فلولا أن تكون القسمة جائزة لما ذكرها الله تعالى في كتابه.

وقال النبي ﷺ: «**إنما الشُّفْعَة فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ**»[4].

إذا ثبت هذا وكانت دار أو أرض مشتركة بين جماعة، فطلب أحدهم القسمة وأبى الباقون؛ أُجبر من أَبَى على القسمة إذا كانت الدار مما تنقسم، ولا خلاف في ذلك بين مالك وأصحابه، وسواء كانت شركتهم بميراث، أو شراء، أو غيره.

واختُلِفَ في الدار الصغيرة تكون بين الأشراك فيدعو أحدهم إلى قسمتها وليس في نصيبِ أحدهم إذا قسم[5] ما ينتفع به؛ فقال مالك: تقسم، وإن لم يكن في نصيب كل واحد منهم ما ينتفع به؛ لقوله ﷻ: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ الآية [النساء: 7][6].

قال الأبهري رحمه الله: لأنَّ الله ﷻ قسَّم المواريث بين أهلها.

قال ابن القاسم: وأنا أرى أن كل ما لم يقسم من الدور والأرضين وغير ذلك مما في قِسْمَته ضرر ولا ينتفع بما يقسم منه أن يُبَاع ويقسم ثمنه على الفرائض؛ لأن النبي ﷺ قال: «**لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ**»[7].

---

(1) كلمة (كتاب) يقابلهما في (ز): (بابُ القضاء في).

(2) في (م): (أحدها).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 296، و(العلمية): 2/ 328.

(4) رواه البخاري: 3/ 87، في باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، من كتاب الشفعة، برقم (2257)، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(5) ما يقابل كلمة (قسم) مطموس في (م).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 521، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 166.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 523، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 163.

و الحديث تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذزر: 414/5.

[في قسمة الثياب والدور ونحوهما]

(وتقسم الثياب والعروض والدواب والحيوان بين أربابها)[1].

اعلم أن الأعيانَ التي تطلب قسمتها تنقسم قسمين:

قسم تصح قسمته، وقسم لا تصح قسمته[2]، فالذي تصح قسمته: الثياب والحيوان والرقيق والعروض وغيرها، هذا تصح قسمة النوع منه دون أعيانه[3].

قال الأبهري: وإنما قلنا: (إن العبيد يقسمون)؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قسَّم العبيد بالقرعة، فأخرج حصة الحرية من حصة الرقِّ الذي هو للورثة.

يدل على ذلك ما رواه عمران بن حصين أنَّ النبي ﷺ **«أقرع بين ستة أعبد جزَّأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة»**[4].

فوَجَبَ بهذا الحديث قَسْمُ العبيد والحيوان، وكذلك الثياب كلها؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الشريكين يريد[5] أن يفرد[6] حقه من حق صاحبه وينفرد به[7] [م: **294**/ ب]، ولا فَرْق بين العبيد والحيوان والدور[8] والعقار في ذلك.

ولا تصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالعبد والدابة والسفينة، أو ما هو في حكم العين الواحدة كالخفين، والنعلين، وكل ما في قسمته إتلاف عينه أو إتلاف النفع به؛ فهذا النوع

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 296، و(العلمية): 2/ 328.

(2) كلمة (قسمته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (اعلم أن الأعيان التي تطلب ... دون أعيانه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 240.

(4) رواه مسلم: 3/ 1288، في باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب الأيمان، برقم (1668).

وأبو داود: 4/ 28، في باب فيمن أعتق عبيدًا له لم يبلغهم الثلث، من كتاب العتق، برقم (3961).

والترمذي: 3/ 637، في باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم، من أبواب الأحكام، برقم (1364) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عمران بن حصين رضي الله عنه.

(5) في (ز): (له).

(6) في (م): (يرد).

(7) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) ما يقابل كلمة (العبيد والحيوان، والدور) مطموس في (م).

لا تصح [ز: 803/ أ] قسمة العين منه؛ لأنَّ القسمة هي إبراز الحقوق، وأن يميز[1] الإنسان حقه، وينفرد[2] به، فينتفع به على ما يريده، وقَسْم هذه الأشياء يصفها هذا المعنى؛ فيجب منعه، ولأنَّ طالب قسم هذه الأشياء يريد أن يتلف على شريكه ملكه، فلا يُمكَّن من ذلك[3].

قال الأبهري: وإنما لم تقسم السفينة؛ لأنَّ قَسْمَها[4] ضرر، ولا يجوز قَسْم[5] ما كان ضررًا.

وكذلك لا يقسم الثوب الواحد والسيف، وكذلك كل[6] ما كان زوجين؛ فإنه لا يفرق بينهما في القسم، فإن تراضيا بذلك؛ جاز، فأمَّا إذا كانت عنده ثياب وسفن وسيوف؛ وجب قسمتها إذا طلب أحد الشريكين ذلك، وقد «**قسَّم النبي ﷺ الأعبد الستة فأقرع بينهم**».

[في قسمة ما لا ينقسم]

(وإذا كان بين رجلين دابة أو ثوب أو سفينة، أو غير ذلك مما لا ينقسم، فتشاحَّا فيه، ولم يتراضيا بالانتفاع به، وأراد أحدهما البيع وأبى الآخر؛ أُجْبِر الذي أبى على[7] البيع حتى يتحصَّل[8] الثمن فيقتسمانه)[9].

اعلم أنه إذا تشاحَّ الشريكان فيما لا[10] ينقسم، ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياع،

---

(1) كلمتا (وأن يميز) يقابلهما في (ز): (فإن شراء).
(2) في (ز): (وينفرده).
(3) من قوله: (لأنَّ كل واحدٍ من الشريكين يريد) إلى قوله: (فلا يُمكَّن من ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 240 و241.
(4) في (ز): (قسمتها).
(5) كلمة (قَسْم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
(6) كلمتا (وكذلك كل) في (ز): (وكل).
(7) حرف الجر (على) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).
(8) في (ز) و(م): (يحصل) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(9) التفريع (الغرب): 2/ 296، و(العلمية): 2/ 329.
(10) في (ز): (لم).

وأراد أحدهما البيع وأبى الآخر؛ أُجْبِر الذي أبى على البيع[1].

قال الأبهري: لأنَّ في ذلك منفعة لهما؛ لأنَّه يتوفر[2] ثمن ذلك عليه وعلى صاحبه؛ لأنَّ نصف العبد ليس يشترى كما يشترى كله، وكذلك الثوب، فمتى امتنع [من][3] ذلك كان مضارًّا[4]، وقد قال النبي ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[5].

ولا يجوز أن يقال: إن الشريك غير[6] مختار لإخراج ملكه فلا يجبر عليه؛ لأنه إذا تعلَّق بذلك حق[7] لغيره؛ أجبر عليه، ولم[8] يلتفت إلى اختياره كالشفعة[9].

فإذا ثبت أنَّ الشريك يحبر على البيع؛ نظر، فإن أراد البيع[10] بما دفع فيه، كان ذلك له؛ لإزالة الضرر عنه إلَّا أن يشاء الشريك بيع حصته مشاعة، فلا يلزم الشريك بيع حصته معه، وإن اختارا[11] أن[12] يتقاوما رقبة المبيع، فمَنْ زاد على صاحبه سلم الآخر له، وهذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده[13].

---

(1) قوله: (اعلم أنه إذا تشاح... على البيع) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 241**.

(2) ما يقابل كلمتا (لأنَّه يتوفر) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(4) في (ز): (مضرًا).

(5) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذزر: **414/5**.

(6) كلمة (غير) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمة (حق) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (ز): (ولا).

(9) في (ز): (بالشفعة).

(10) في (ز) و(م): (الجمع) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(11) كلمتا (وإن اختارا) يقابلهما في (ز): (واختار)، وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(12) كلمة (أن) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(13) من قوله: (ولا يجوز أن يقال) إلى قوله: (فيما لا ينقسم آحاده) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 241**.

[في ترك عرصة الدار مرفقًا لأهلها]

(وإذا قسمت الدار وتركت عرصتها مرفقًا[1] لأهلها، ثم أراد بعضهم قسمتها؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنها تقسم.

والرواية الأخرى[2] أنها لا تقسم، وتترك مرفقًا لجماعتهم)[3].

اعلم أنه إذا قسمت الدار وتركت عرصتها مرفقًا لأهلها ثم أرادوا قسمتها وكانت الساحة واسعة؛ ليحوز كل واحدٍ حصته إلى[4] نصيبه فيرتفق به؛ فإن لم يكن ضرر؛ فلا بأس به؛ لأنَّ كل واحدٍ من الشريكين يريد[5] أن يميز حقَّه عن حقِّ صاحبه[6]، ولا يجبر أحدٌ على مشاركة غيره[7].

قال سحنون رَحِمَهُ اللَّهُ: ولا تقسم بالسهم؛ لئلا يصير نصيب كل واحد على باب منزل الآخر[8].

قال مطرِّف في كتاب ابن حبيب: لا تقسم[9]؛ لأنَّ الشركاء لما رضوا ببقائها بينهم

---

(1) ما يقابل كلمتا (عرصتها مرفقًا) مطموس في (م).

(2) كلمتا (والرواية الأخرى) يقابلهما في (م): (والأخرى).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 296، و(العلمية): 2/ 329.

(4) ما يقابل كلمتا (حصته إلى) مطموس في (م).

(5) كلمة (يريد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) عبارة (عن حقِّ صاحبه) يقابلها في (ز): (من حقِّ شريكه).

(7) قوله: (لأنَّ كل واحدٍ من الشريكين ... مشاركة غيره) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 240 و241.

(8) قول سحنون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 511 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 396.

(9) قوله: (قال مطرِّف في كتاب ابن حبيب: لا تقسم) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 222.

ثبت لكل واحد منهم حق في إبقائها، فإذا [م: 295/ أ] أراد أحدٌ بعد ذلك قسمتها؛ لم يكن [ز: 803/ ب] له ذلك؛ لأنَّ في ذلك إبطال حق[1] صاحبه في إبقائها، وقد ثبت ذلك برضاه، فلا رجوع له عنه.

قال اللخمي: والصواب أن تقسم ويجعل كل واحد تحجيرًا[2] يستتر به عن صاحبه، ولا يجوز الرضا بغير تحجير؛ لأنَّ فيه كشفة لحريمهم في تصرفهم، ودخول بعضهم على بعض[3].

وإن كان في قسم العرصة ضررٌ؛ لم تقسم؛ لأنها تبعٌ[4] لأصل مقسوم، ولأنَّ[5] في قسمتها ضررًا لأهلها إذا لم يصير لكل واحد منهم ما ينتفع به فيما يريده من المرافق[6].

[في قسمة الدور والأرضون]

(وإذا كانت الدور والأرضون مشتركة بين جماعة، وأرادوا قسمتها؛ فما كان من ذلك متقارب المواضع والمنافع[7]؛ ضُمَّ في القسم ولم يُفَرَّق.

وما تباعدت مواضعه أو تفاوتت[8] منافعه؛ فُرِّق في القسم، ولم يضم بعضه إلى بعض؛ إلَّا أن يتراضى أربابه على ضمه)[9].

اعلم أنه إذا كانت الدور والأرضون مشتركة بين جماعة فأرادوا قسمتها، فإنه يُرَاعى

---

(1) ما يقابل عبارة (ذلك إبطال حق) مطموس في (م).

(2) في (ز): (حجرًا).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 5964.

(4) في (ز): (بيع).

(5) في (ز): (ولا).

(6) في (م): (المرفق).

(7) كلمتا (المواضع والمنافع) في (م): (المنافع والمواضع) بتقديم وتأخير.

(8) كلمتا (أو تفاوتت) يقابلهما في (ز) و(م): (وتفاوتت) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) كلمتا (على ضمه) يقابلهما في (ز) و(م): (بضمه) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع. والتفريع (الغرب): 2/ 297 و(العلمية): 2/ 330.

في ذلك وجهان:

أحدهما موضعها.

والآخر صفتها.

فأما موضعها فإن كانت في محلة واحدة أو محلتين متقاربتين؛ جمعت بالقرعة؛ لأنَّ قسمة العدد أنفع للفريقين، وأبعد عن الإضرار، وأعود بالصلاح؛ لأنَّ الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت، وقلَّ الانتفاع بما يصير لكل واحدٍ منهم.

وإذا حصل لكل واحدٍ دار كاملة؛ كمل انتفاعه بها، فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة إحدى الدارين إيثارًا للإضرار بنفسه وبالشريك، فلا يترك وذلك[1].

وسواء كانتا في وسط البلد، أو طرفه، وإن كانت إحداهما في وسطه والأخرى في طرفه، أو في[2] طرفين؛ لم تجمعا.

وإن كانتا في وسطه، وتباين ما بين الموضعين، فإحداهما في محلةٍ شريفة[3]، والأخرى في محلة مرغوب عنها؛ لم يجمعا؛ لأنَّ الأغراض تختلف باختلاف ذلك، فإذا جمعناهما في القسم؛ أدَّى ذلك إلى غرر؛ لأنَّه لا يدري ما يخرج له بالقرعة؛ إذ يخرج له ما لا غرض له فيه، أو ما له فيه غرض، فإقدامه على ذلك غرر؛ فلذلك اشترطنا تساوي المواضع.

فأما صفتها فإن اختلفت فكان فيها القديم والجديد، وهي ذوات عدد؛ قسم الجديد بانفراده والقديم بانفراده.

وإن كانتا دارين قديمة وجديدة؛ جمعتا بالقرعة، وهذه ضرورة وليست كالأولى؛ لأنَّ الأولى له مندوحة عنها.

---

(1) من قوله: (اعلم أنه إذا كانت) إلى قوله: (فلا يترك وذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 243.

(2) عبارة (وإن كانت إحداهما في وسطه والأخرى في طرفه أو في) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) في (ز): (شهية).

وتجمع الحوانيت إذا كانت في سوق واحد، أو في[1] سوقين تتقارب فيهما الأغراض، فإن تباينت بحيث يعلم أنه لو علم أحدهما أنه يصير إليه ذلك لم يرضَ بالقرعة؛ لم تجمع.

ولا تجمع[2] الدور إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا[3] إلى الحمَّامات.

وأما جمع فندق إلى حمَّام[4]؛ فيُسأل عنه أهل المعرفة في اكتساب الرباع [ز: **804**/ أ] فإن قالوا: إنها تتقارب فيها الأغراض؛ لأنها[5] مستغلاتٌ كلها؛ جمعت، وإلا لم تجمع[6].

وأما قوله: (إلا أن يتراضى أربابه بضمه فيجوز) فإنما قال ذلك؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما أسقط حقه مما له فيه غرض، وذلك جائز.

[في قسمة الدار المختلفة البناء]

(وإذا كانت [م: 295/ ب] الدار مختلفة البناء؛ قسمت بالقيمة[7] وعدلت، وضرب عليها بالسهام؛ إلَّا أن يتراضى أربابها؛ فيجوز ذلك بينهم)[8].

والأصل في جواز القرعة ما رُوِيَ عن عمران بن حصين أن رجلًا أعتق ستة أعبدٍ عند موته «**فجزأهم النبي ﷺ أثلاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقَّ أربعة**» خرجه مسلم[9].

---

(1) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(2) كلمتا (ولا تجمع) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) عبارة (إلى الفنادق ولا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز) و(م): (فندق) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) في (ز): (فإنها).

(6) من قوله: (اعلم أنه إذا كانت الدور) إلى قوله: (جمعت، وإلا لم تجمع) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5878**، وما بعدها.

(7) ما يقابل كلمتا (قسمت بالقيمة) مطموس في (م).

(8) التفريع (الغرب): **2/ 297** و(العلمية): **2/ 330**.

(9) تقدم تخريجه في قسمة الثياب والدور ونحوهما، من كتاب القسمة: **294/9**.

[قسمة الحائط إذا كان مختلف النخل والشجر]

(وكذلك الحائط إذا كان مختلف النخل والشجر؛ قسم على القيمة والتعديل[1]، ثم ضرب عليه بالسهام)[2].

قال اللخمي: اعلم أنه إذا كان في الحائط أصناف من الشجر، فلا تخلو:

إمَّا أن تكون متباينة الأغراض أو متقاربة، فإن كانت متباينة الأغراض مثل النخل والعنب والزيتون؛ فإنه لا يضم صنف منه إلى الآخر بالقرعة بالجبر.

واختُلِفَ هل تقسم بالقرعة[3] إذا تراضوا عليها، فذَكَر اللخمي أنَّ أصل ابن القاسم المنع، وأصل أشهب الإجازة.

قال: وأجازه ابن القاسم مرة فيما قلَّ، فقال في رجلين بينهما نخلة وزيتونة: لا بأس أن يقتسماها بالتراضي إذا اعتدلتا في القسم، وإن كرها؛ لم يجبرا، وإن لم يعتدلا تَقَاوَمَاهما أو باعهما.

فقوله: (إذا اعتدلتا) دليلٌ على إجازة ذلك بالقرعة؛ لأنَّ التراضي لا يُراعى فيه الاعتدال [وهذا للضرورة فيما قلَّ، كما أجاز في الأرض الواحدة][4]؛ بخلاف أن يكثر النخل والشجر؛ فإنه يقسم كل قسم بانفراده.

واختُلِفَ إذا تقاربت المنافع كالتفاح والرمان والخوخ وغيرها هل يجمعن في القسم أم لا؟

فذَهَبَ ابن القاسم إلى أنها صنف واحد، فقال: وإذا كان جنان فيه تفاح، ورمان وخوخ وأترج وصَيْحاني، ولوز وجُعْرُور؛ فإنه يقسم على القيمة[5].

---

(1) في (ز): (بالتعديل).

وما يقابل كلمة (والتعديل) مطموس في (م).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 297، و(العلمية): 2/ 330.

(3) عبارة (بالجبر. واختلف هل تقسم بالقرعة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) عبارة (وهذا للضرورة... الأرض الواحدة) ساقطة من (ز) و(م)، وقد أتينا بها من تبصرة اللخمي.

(5) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 465 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 136.

=

قال ابن عبدوس: والعمل في هذا أن يبدأ القاسم، فيقوِّم النخل نخلة نخلة، إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع، ويسأل أهل الخبرة بما عرف من[1] حمل كل نخلة، فقد تكون شجرة لها منظر وهي قليلة الثمرة، وأخرى لا منظر لها وهي كثيرة الثمرة.

فإذا فرغ من ذلك؛ جمعها كلها وقسمها على قدر السهام، وعرف ما ينوب كل سهم، ثم يضرب بالسهم على أي الطرفين يبدأ[2]، فإذا عرف ذلك كتب اسم كل واحدٍ من الأشراك في رقعة وخلطها في داخل كمه، ثم يخرج أول سهم، ثم الثاني، والثالث حتى يفرغ منهم، ثم يبدأ بالأول فيعطيه من تلك الناحية التي وقع عليها السهم، يعطيه[3] شجرة شجرة حتى يكمل له قيمة ما صار له، فإن وقع بقية حقِّه في بعض شجرة؛ كان شريكًا فيها بقدر ما بقي له مع الذي يليه، [ز: **804**/ ب] ثم يصنع في الثاني والثالث كذلك[4].

وإن كانت حوائط وكل نوع على[5] حدة، وكل واحدٍ[6] يحتمل القسمة؛ قسم كل نوع على حدته.

وقال أشهب: يقسم كل نوع على حدته وإن كان مختلطًا[7].

وإنما قسمتُ كل واحد على حدته؛ لأني إن قسمته بالسواء ظلمت الذي يأخذ الثمن؛ لأن خل العنب أطيب، وإن عدلته بالسهم دَخَله التفاضل، ولكن يقسم كل نوع على حدته[8].

= و انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5882**.

(1) كلمتا (عرف من) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) في (ز): (هذا).

(3) ما يقابل كلمة (يعطيه) مطموس في (م).

(4) من قوله: (قال ابن عبدوس: والعمل) إلى قوله: (والثالث كذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 12**.

(5) ما يقابل كلمتا (نوع على) مطموس في (م).

(6) كلمتا (وكل واحدٍ) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(7) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 229**.

(8) قوله: (وقال أشهب: يقسم كل نوع على حدته ... على حدته) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10/ 5914**.

قال الأبهري: وإذا كانت الحوائط في موضع واحد، وكانت منفعتها متقاربة؛ قسمت قسمًا واحدًا، فأعطي كل واحدٍ من الورثة حظه في موضعٍ واحد من ذلك كله؛ لأن في تفرقته ضررًا عليهم كلهم، وفي جمعه منفعة لهم كلهم؛ فوجب أن يقسم حق كل وارث قسمًا واحدًا؛ لأنَّ منفعة المقسوم واحدة[1]، فأشبه ذلك الحائط الواحد والدار الواحدة لا تفارق ذلك كله في المنفعة والغرض.

فأمَّا [م: 296/ أ] إذا اختلفت منافع[2] ذلك؛ قسم كل واحدٍ[3] من هذه الأشياء على حدته؛ لأنَّه لا يجوز ضم مختلف المنافع في القسمة، كما لا يجوز أن يضم جنسان مختلفان[4] في القسمة؛ لأنَّ القسمة هي إبراز[5] حق كل واحد من الشريكين في الشيء الذي اشتركا فيه إذا كان من جنسه ونوعه دون ما اختلف جنسه ونوعه.

وكذلك إذا اتفقت منافع الأشياء وتباعدت مواضعها؛ قسم كل واحد منها قسمًا واحدًا، وإنما يضم في القسم ما اتفقت منافعه وأماكنه، فإذا اختلفت في واحدٍ من ذلك أو فيهما جميعًا؛ قسم كل واحد على حدته.

[في قسمة الدور والأرضون]

(وتقسم الدور والأرضون على أقل السهام ويسهم عليها، فإن خرج السهم اليسير لصاحب السهم الكثير؛ ضُمَّ إليه[6] مما يليه حتى يستوفي حقه، فإن خرج لمَنْ له ذلك القدر من الشركاء؛ أَخَذَه وأقرع بين الباقين حتى يستوفوا حقوقهم)[7].

اعلم أن كل ما قسم من ربعٍ وغيره؛ فإنه يقوَّم قيمة عدل، ثم يضرب بالسهم على أقل

(1) عبارة (منفعة المقسوم واحدة) يقابلها في (ز): (القسمة فيه منفعتها واحدًا).

(2) كلمتا (منافع) يقابلهما في (ز): (المنافع في).

(3) في (ز): (واحدة).

(4) ما يقابل كلمة (مختلفان) مطموس في (م).

(5) في (ز): (إفراد).

(6) في (م): (إليها).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 297 و(العلمية): 2/ 332.

السهام، فمن خرج سهمه؛ لزمه[1].

وإنما قلنا: (إنه يقسم على أقل السهام)؛ لأنَّ صاحبَ السهم القليل يحتاج إلى إبراز[2] حقه، فلو لم يقسم على أقل السهام؛ لم يصل إلى غرضه، وليس في ذلك إضرار بصاحب السهم الكبير؛ لأنه يصل إلى[3] حقه متصلًا ويستوفيه[4]، ولا يحتاج معه[5] إلى استئناف حقِّه[6] كصاحب السهم القليل.

وصفة القرعة أن تُكتب أسماء الشركاء في رقاع، وتجعل في طين أو شمع، ثم ترمى كل رقعة في جهة، فمَنْ حصل اسمه في جهة؛ أخذ حقه متصلًا في تلك الجهة.

وقيل: تُكتب الأسماء وتُكتب الجهات ثم تخرج أول بندقة من الأسماء، ثم أول بندقة من الجهات، فيعطى من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة[7].

فإن تشاحوا [ز: 805/ أ] على أي الطرفين يضرب[8]؛ أسهم بينهم[9] بأيهم يبدأ، فمَنْ خرج سهمه أُعطِيَ من ذلك الطرف، وضُمَّ إليه[10] سهامه إليه[11].

قال ابن عبد الحكم: فإن كان لواحدٍ النصف ولآخر الثلث ولآخر السدس؛ جعل ذلك ستة أنصباء معتدلة، فإن اتفقوا على أيِّ الطرفين يبدأ به؛ أسهم بينهم منه، فإن خرج نصيب السدس؛ كان له سهم من الطرف الذي اتفقوا عليه.

---

(1) قوله: (اعلم أن كل ... سهمه لزمه) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 168.

(2) في (ز): (إفراد).

(3) كلمتا (يصل إلى) يقابلهما في (م): (يستوفي).

(4) كلمة (ويستوفيه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) كلمة (معه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (ز): (قسمه).

(7) قوله: (وإنما قلنا: إنه يقسم ... السهم القليل) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 243 و244.

(8) كلمة (يضرب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) كلمة (بينهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) في (م): (له).

(11) قوله: (فإن تشاحوا على أي ... إليه سهامه إليه) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 528 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 168.

وإن خرج نصيب صاحب النصف أو صاحب السدس أَخَذَه، وضَمَّ إليه بقية سهمه، وكان ما بقي لصاحبه.

وكذلك إن خرج أولًا صاحب النصف؛ أخذ جميع سهمه في أحد الطرفين، وأسهم بين صاحب السدس والثلث، فإن خرج صاحب السدس؛ أخذه وإن كان في الوسط[1].

[جمع رجلين في القسم]

(ولا يجمع القاسم بين اثنين في القسم؛ إلَّا أن يتراضى الشركاء كلهم بذلك)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ القَسْم بالسهم غررٌ وجهالة، وإنما جوِّز للضرورة؛ إذ كل واحدٍ يحتاج إلى تمييز حقه، ولا ضرورة في جمعِ رجلين في القسم، فمنع [منه][3]؛ لاتساع الغرر، ولخروج الرخصة عن بابها[4].

أما قوله: **(إلَّا أن يرضى الشركاء كلهم بذلك)** فإنما قال ذلك؛ لأنهم إذا تراضوا؛ زال التشاحح والغرر؛ فجاز ذلك.

[في أجرة القاسم]

(وأجرة القاسم عليهم بالسوية، وليست على قدر حصصهم في الملك)[5].

اختُلف في أجرة القاسم هل هي على عدد الرؤوس، أو على قدر[6] الأنصباء؟

فذكر[7] ابن الجلَّاب والقاضي عبد الوهاب أنها على عدد الرؤوس[8].

---

(1) قول ابن عبد الحكم لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه ابن أبي زيد في نوادره: 11/ 214 وابن يونس في جامعه (بتحقيقنا): 11/ 67 و68.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 297 و(العلمية): 2/ 332.

(3) كلمة (منه) زيادة أتينا بها من جامع ابن يونس.

(4) قوله: (وإنما قال ذلك... الرخصة عن بابها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 6.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 297 و298 و(العلمية): 2/ 332 و333.

(6) في (ز): (عدد).

(7) في (ز): (فحكى).

(8) عيون المسائل، لعبد الوهاب: 524.

وقال الشافعي: إنها على قدر الأنصباء[1]، وإليه ذَهَبَ أصبغ[2].

قال الباجي: لأنَّ العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر؛ لأنه يقسم[3] جزأه أثمانًا، وصاحب الثمن لا يقسم له إلَّا ثمنًا [م: 296/ ب] واحدًا، وكذلك الجزء[4] الكبير يحتاج من العمل والذرع إلى أكثر ما يحتاج إليه في الجزء الصغير، وبحسب ذلك تكون الأجرة؛ لأنها عوض عن العمل[5].

ودليلنا هو أنَّ اختلاف المقادير لا يوجِب زيادة في فعل القاسم بزيادة السهم الكثير؛ بل التعب واحد، وربما تعب لتمييز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب في تمييز الكبير[6].

مسألة:

قال مالك: وإذا جعلت القضاة للناس جعلًا في المواريث في كل مائة دينار دينارًا[7]؛ فما هو بحرام بيِّن، وما[8] هو من عمل الأبرار، والحسبة في ذلك أحب إلينا من الجُعل عليه[9].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأنَّ القيام بالقسم[10] بين الناس في مواريثهم وأشباه ذلك هو كتعليم العلم ورواية الحديث، وأشباه ذلك من أفعال الخير؛ فيكره لمن فعل ذلك أن يأخذ عليه عوضًا، والتبرع في فِعل هذه الأشياء أفضل، وكذلك غسل الموتى، وحملهم، ودفنهم، وأشباه ذلك؛ ليس ينبغي لأحدٍ أن يأخذ عليه عوضًا.

---

(1) الأم، للشافعي: 6/ 229.

(2) قول أصبغ بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/ 202.

(3) كلمتا (لأنه يقسم) يقابلهما في (ز): (لأنه لا يقسم).

(4) ما يقابل كلمتا (وكذلك الجزء) مطموس في (م).

(5) المنتقى، للباجي: 7/ 423.

(6) قوله: (ودليلنا: هو أنَّ اختلاف ... في تمييز الكبير) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 244.

(7) كلمة (دينارًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (ز): (وليس).

(9) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 11.

(10) كلمتا (القيام بالقسم) يقابلهما في (ز): (القسم).

[ز: **805**/ ب] وإن أخذ في قسم المواريث وغيرها عوضًا؛ لم يكن حرامًا؛ لأنَّه لم يكن[1] عليه أن يقوم بذلك -أعني: الذي يتولى القسم- وإنما ذلك على الإمام بأن ينصب للناس مَن يقسم بينهم، كما ينصب لهم من يحكم بينهم، ويكون أجره من بيت المال، فمتى لم يفعل ذلك؛ جاز للناس أن يكتروا من يقسم بينهم؛ لحاجتهم إلى ذلك، وجاز[2] للقاسم أن يأخذ الأجرة عليهم؛ لأنه فعل مجوز[3] كما يجوز أخذ الأجرة على فعل مجوز[4].

[في اختلاف المتقاسمان في القرعة]

(وإذا اختلف المتقاسمان[5] في القرعة، فأراد أحدهما أن يقرع على جهة بعينها، وأراد الآخر جهة سواها؛ أقرع بين الجهتين، فأيتهما[6] خرجت قرعتها أسهم عليها)[7].

اعلم أنه إذا اختلف المتقاسمان في القرعة، فأراد أحدهما أن يقرع على جهةٍ بعينها، وأراد الآخر جهة سواها؛ أقرع بينهما بأيهما يبدأ، فأي جهة[8] وقعت عليها القرعة؛ أقرع منها، ثم أسهم للقسمة[9].

فمن خرج سهمه أعطيه[10] من تلك الجهة، وضمَّ إليه بقية سهامه مجتمعة، ولا

---

(1) كلمتا (لم يكن) يقابلهما في (ز): (ليس).

(2) في (ز): (وأجاز).

(3) في (ز): (يجوز).

(4) قوله: (وإن أخذ في قسم المواريث وغيرها ... فعل مجوز) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 256** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 63**.

(5) في (ز): (القاسمان).

(6) في (م): (فأيتهم).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 298** و(العلمية): **2/ 333**.

(8) عبارة (بينهما بأيهما يبدأ، فأي جهة) يقابلها في (ز): (بين الجهتين، فأي الجهتين).

(9) قوله: (اعلم أنه إذا ... أسهم للقسمة) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 869**.

(10) ما يقابل كلمة (أعطيه) مطموس في (م).

يفرق عليه لأجل الضرر.

قال مالك: ووجه قسمة الربع بالسهم إذا اختلفت الأنصباء لواحد خمس، ولآخر ربع، ولآخر سدس أنه يقسم[1] على أقلهم سهمًا؛ إلَّا أنه[2] من خرج له سهمه جمع له تمام[3] باقي حصته ولا يفرق.

وإذا تشاحوا على أي الطرفين يضرب؛ أسهم بأيهم يبدأ، فما خرج عرفه، ثم أسهم للقسم، فمن خرج سهمه أعطاه من ذلك الطرف وضم له باقي[4] سهمانه[5] مجتمعة.

فإذا بقي منه[6] اثنان فتشاحا -على أي الطرفين- لم ينظر إلى قول واحدٍ[7] منهما، وضرب القاسم على أي الطرفين شاء؛ لأنه إذا ضرب على أحد الطرفين؛ فقد ضرب لهما جميعًا[8].

[في قِسْمةِ ما يجبران على قسمته]

(وكل ما لا يجبر على قسمته؛ فلا يجوز أن يسهم عليه، وكل ما يجبر على قسمته؛ فلا بأس بالاستهام عليه)[9].

اعلم أنَّ الأشياء التي يطلب قسمتها تنقسم قسمين:

قسم يجبران على قسمته إذا دعا أحد الأشراك إليها.

وقسم لا يجبران على قسمته.

---

(1) كلمتا (أنه يقسم) يقابلهما في (ز): (أن تقسم).

(2) في (ز): (أنَّ).

(3) كلمة (تمام) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (م): (فيها).

(5) ما يقابل كلمة (سهمانه) مطموس في (م).

(6) في (ز): (منهم).

(7) ما يقابل كلمة (واحدٍ) مطموس في (م).

(8) من قوله: (قال مالك: ووجه) إلى قوله: (فقد ضرب لهما جميعًا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 67.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 298 و(العلمية): 2/ 333.

فأمَّا الذي يجبران على قسمته، فهو ما تساوت منافعه أو تقاربت.

وأما الذي لا يجبران على قسمته؛ فهو ما[1] تباعدت الأغراض فيه؛ فهذا لا تجوز قسمته[2]؛ إلَّا على التراضي؛ لأنَّ أصلَ القسم بالسهم غرر، وإنما جوِّز ضرورة لتمييز الحقوق[3].

وكل ما كان صنفًا واحدًا؛ أجبر على القسم[4] فيه بالسهم مَنْ أباه لمن أراده بالحكم.

وكل ما اختلف حتى لا يجبروا على قسمه بالسهم، [م: 297/ أ] فإذا تراضوا صار بيعًا وعاد ذلك إلى الغرر، كما لو ابتاعا فرسًا وعبدًا[5] قيمتهما سواء، فاقتسماهما بالسهم؛ فذلك غرر لا يجوز[6].

والقسم يمنع[7] لحقين: لحق الله تعالى، ولحق آدمي، فأما ما يمتنع لحق الله سبحانه؛ فهو ما يكون فيه غرر، مثل أن يكون في أحد الجانبين دور وفي الجانب الآخر أرضون، أو متاع، أو عبيد، فتمنع القسمة بالقرعة؛ لحقِّ الله تعالى، فإن تراضيا بذلك بغير قرعة؛ جاز.

وأما ما يمتنع لحقِّ الآخر؛ فكقسم[8] الدار اللطيفة، والحمَّام، والخشبة[9]، والثوب، والمصراعين، وما أشبه ذلك، إلَّا أن يتراضيا؛ فيجوز بالقرعة وغيرها[10].

---

(1) جملة (تساوت منافعه أو تقاربت ... فهو ما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) كلمتا (تجوز قسمته) يقابلهما في (ز): (يجوز أن يقسم).

(3) في (ز): (الحق).

(4) في (ز): (القسمة).

(5) كلمتا (فرسًا وعبدًا) يقابلهما في (م): (عبدًا وفرسًا) بتقديم وتأخير.

(6) من قوله: (لأنَّ أصل القسم بالسهم) إلى قوله: (فذلك غرر لا يجوز) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 11.

(7) في (م): (يمتنع).

(8) جملة (فأما ما يمتنع لحق الله سبحانه ... الآخر، فكقسم) يقابلها في (ز): (وتقسم) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) في (ز): (الخفيفة)، وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(10) قوله: (والقسم يمنع لحقين: لحق الله تعالى ... بالقرعة وغيرها) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): =

[القسمة بين الورثة]

(والقسمة بين الورثة على قدر السهام، وليست على عدد الرؤوس)(1).

وإنما [ز: **806/ أ**] قال ذلك؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم يحتاج إلى تمييز حقه، فلا بدَّ من تمييزه له، ويقسم على أقل السهام؛ لأنه لا ضرر في ذلك على صاحب السهم الكبير؛ إذ يستوفي(2) حقَّه متصلًا، ولا يحتاج معه إلى استئناف قسمة لصاحب السهم القليل(3).

[القسمة لأهل كل سهم واحد]

(ويقسم لأهل كل سهم نصيبهم في حيِّزٍ واحدٍ، ثم يقتسمونه بينهم قسمةً ثانيةً إن شاءوا، أو يتركونه مشتركًا بينهم)(4).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ القسمة إنما هي على قدرِ السهام، وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك(5) الواحد؛ لأنَّ الشفعة بين أهل السهم لا مدخل فيها لأهل السهم الآخر(6).

قال مطرِّف: ويقسم الربع بين أهل الميراث على أقلهم سهمًا وإن كثرت سهام الفريضة، فإن كانت الأرض مستوية؛ قسمت بالقياس، وإن كانت مختلفة؛ فبالقيمة، فإذا استوت؛ كتب أهل كل سهم اسم سهمهم(7) في بطاقة، ثم أخرج بطاقتين من جملتهما، فتجعل بطاقة في هذا الطرف، وبطاقة في الطرف الآخر، فمن خرج سهمُه في طرف؛ ضُمَّ =

10/ 5916.

(1) التفريع (الغرب): 2/ 298 و(العلمية): 2/ 333.

(2) في (ز): (استوفى).

(3) قوله: (وإنما قال ذلك ... لصاحب السهم القليل) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 244.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 298 و(العلمية): 2/ 333.

(5) في (ز): (الملك).

(6) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنَّ القسمة ... السهم الآخر) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 245.

(7) كلمتا (اسم سهمهم) يقابلهما في (ز): (وأسهم بينهم) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

إليه ما بقي من حقه، ويصير أهل الثُّمن كالزوجات أهل سهمٍ واحد، والجدَّات أهل سهم واحد، وأهل الثُّلث من الكلالة، أو موصَى لهم به أهل سهم واحد، ثم بعد هذا القسم يقسم أهل[1] كل سهم ما صار لهم، وقاله ابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ، وقالوا[2]: هو قول جميع أصحابنا[3].

قال مالك: وإن ترك زوجة وابنًا[4]، أو عصبة؛ لم يسهم للزوجة إلا على أحد الطرفين لا في الوسط، فأي الطرفين خرج لها أَخَذَتْه، وكان الباقي للولد أو للعصبة، وكذلك إن كان الولد والعصبة عددًا، ولا يجمع حظ رجلين في القسم وإن أراد ذلك الباقون إلَّا في مثل هذا[5].

قال ابن لبابة: مذهبه في الزوجة وغيرها أنه يبدأ بالضرب لصاحب النصيب القليل على صاحب النصيب الكثير، ويجعل في طرف، وقاله عبد الملك بن الماجشون.

وقال المغيرة: يسهم للزوجة حيث خرج سهمها، وقاله ابن حبيب[6].

إذا ثبت هذا؛ فاعلم أنه إذا كان في الورثة أهل سهم واحد مثل أن يكونوا بنين، أو إخوة، أو عمومة، أو بني عمومة، وفي الورثة غيرهم مثل زوجة أو أم أو جدة؛ فقال مالك مرة: هم كأهل سهم واحد، فتكون القسمة بينهم أثمانًا إذا كان في الورثة زوجة، فما صار للزوجة أخذته، وما صار للولد؛ استأنفوا القسم فيه إن كان ينقسم، وإن كان[7] لم ينقسم باعوه، واقتسموا ثمنه على ما بيناه [م: 297/ ب] فيما لا ينقسم[8].

---

(1) ما يقابل كلمة (أهل) مطموس في (م).

(2) في (ز): (وقال).

(3) من قوله: (قال مطرِّف: ويقسم) إلى قوله: (قول جميع أصحابنا) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 215 و216 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 68.

(4) في (ز): (وأبًا).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 528، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 169.

(6) قوله: (قال ابن لبابة ... وقاله ابن حبيب) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 5/ 2516.

(7) كلمة (كان) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) قوله: (إذا ثبت هذا... بيناه فيما لا ينقسم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 5969.

[في قسمة الحمَّام]

(وإذا كان حمَّام بين اثنين فأراد أحدهما قسمته وأبى ذلك[1] الآخر؛ ففيها روايتان:
إحداهما أنه يقسم بينهما.
والرواية الأخرى[2] أنه لا يقسم، ولكن يباع فيقتسمان[3] ثمنه على ما بيناه فيما لا ينقسم)[4]

[ز: **806**/ ب].

اختُلف في قسمة ما لا يُنتفع به بعد القسم كما كان يُنتفع به قبل القسم؛ كالحمَّام والدار الصغيرة والحانوت الصغير؛ فقال مالك مرة: يقسم، وإن صار لكل واحدٍ ما لا ينتفع به؛ لقوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء: 7][5].

قال الأبهري: ولأنَّ الحمَّام بيتٌ يُنتفع به كسائر البيوت، فليس يمنع من قسمته وإن تغيَّر عن حاله؛ لأنَّ القسمة لا بدَّ أن تُبين منافع المقسوم عمَّا كانت عليه قبل ذلك، وكذلك الحمَّام وإن تغيَّرت منفعته؛ وجب قسمه.

قال اللخمي: وقال مرة: لا تقسم؛ لقوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[6].

وألَّا يقسم أحسن ولو رضي الشريكان لمنعهما السلطان؛ لنهيه ﷺ عن إضاعة المال[7].

قال الأبهري: ولأن الحمَّام إذا قسم؛ بطل الانتفاع به بوجه ما كان عليه قبله؛ لأنه لا يكون حمَّامًا، وليس كذلك الدار والبيت؛ لأنهما يكونان كذلك بعد القسم.

❁❁❁

---

(1) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
(2) كلمتا (والرواية الأخرى) يقابلهما في (م): (والأخرى).
(3) في (ز) و(م): (فيقسم) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(4) التفريع (الغرب): 2/ 298 و(العلمية): 2/ 334.
(5) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 518، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 163.
(6) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: 414/5.
(7) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 5962.
و الحديث تقدم تخريجه في كتاب الوديعة: 125/9.

كتاب[1] الشفعة

(والشفعة في الدور والأرضين[2] والحوانيت مستحقة، ولا شفعة في عرض ولا حيوان.

والشفعة للخليط، وليس للجار شفعة)[3].

والأصل في الشفعة ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إنما[4] الشُّفْعَةِ فِيما لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ**»، أخرجه البخاري ومسلم[5].

وقد تضمَّن هذا الحديث الشفعة بالشركة وسقوطها بالجوار؛ لأنه يصير بعد المقاسمة جارًا من أجل أن الحدود بينهما[6] قائمة، وأن القسمة إذا وقعت انقطعت الشفعة.

وخرَّج مسلم عن جابر رضي الله عنه أنه قال: «**قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكَةٍ لَمْ تُقْسَمْ، رَبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ، لا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ**»[7]، فجعل الشفعة ثابتة قبل البيع[8].

قال الأبهري: ولأنَّ العلماء لم يختلفوا[9] أنَّ الشفعة فيما لم يقسم، وإنما الخلاف

---

(1) كلمة (كتاب) يقابلها في (ز): (باب القضاء في).

(2) كلمة (والأرضين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 299 و(العلمية): 2/ 334.

(4) كلمة (إنما) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 87، في باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، من كتاب الشفعة، برقم (2257).

ومسلم: 3/ 1229، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم (1608) كلاهما بألفاظ متقاربة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(6) ما يقابل كلمتا (الحدود بينهما) مطموس في (م).

(7) رواه مسلم: 3/ 1229، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم (1608) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(8) من قوله: (والأصل في الشفعة) إلى قوله: (الشفعة ثابتة قبل البيع) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3299.

(9) عبارة (ولأنَّ العلماء لم يختلفوا) يقابلها في (م): (ولا اختلاف بين العلماء في).

فيما قد قسم، فقال مالك: لا شفعة للجار.

وقال غيره من أهل العراق: إن له الشفعة، وذهبوا إلى أثرٍ رواه الحسن عن سمرة[1] رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ**»[2].

ورَوى عبد الملك العذري عن عطاء عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «**الشُّفْعَةُ لِلْجَارِ، يَنْتَظِرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا**»[3].

قيل له: معنى هذه الأحاديث -إن صحَّت- هو الخليط؛ لأنَّ اسم الجار يقع على المقاسم والخليط، [ز: **807**/ أ] ثم بيَّن ذلك النبيُّ ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ «**أنه قَضَى بِالشُّفْعَةِ، فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ**»[4]، وهذا نصٌّ يمنع التأويل أن الجار إنما أريد به المقاسم لا الخليط، على أن حديث الحسن عن سمرة غير مسموع؛ لأنَّ الحسن لم يسمع من سمرة شيئًا، كذا قال أصحاب الحديث.

وقال بعضهم: إنما سمع حديثًا واحدًا وهو حديث العقيقة[5]، [م: **298**/ أ] وكذلك قالوا في حديث عبد الملك العذري: غير صحيح.

ويحتمل أن يكون النبي ﷺ أراد بقوله: «**الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ**»[6]، أي: بمعونته فيما ينوبه من الحوادث والأمور؛ لأنَّ الله عز وجل قد أوصى بالجار، فقال تعالى: ﴿وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ﴾ [النساء: **36**]، وكذلك قال النبي ﷺ: «**مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالْجَارِ، حَتَّى**

---

(1) ما يقابل كلمة (سمرة) مطموس في (م).

(2) رواه البخاري: **9/ 27**، في باب الهبة والشفعة، من كتاب الحيل، برقم **(6978)** عن أبي رافع رضي الله عنه.

(3) صحيح، رواه أبو داود: **3/ 286**، في باب الشفعة، من كتاب أبواب الإجارة، برقم **(3518)**.
والترمذي: **3/ 643**، في باب ما جاء في الشفعة للغائب، من أبواب الأحكام، برقم **(1369)** كلاهما بألفاظ متقاربة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(4) صحيح، رواه ابن ماجة: **2/ 834**، في باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، من كتاب الشفعة، برقم **(2497)** عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(5) قوله: (معنى هذه الأحاديث -إن صحَّت- هو الخليط؛ لأنَّ اسم ... حديث العقيقة) بنحوه في معالم السنن، للخطابي: **3/ 155**.
و قوله: (على أن حديث ... حديث العقيقة) بنحوه في التمهيد، لابن عبد البر: **1/ 37**.

(6) تقدم تخريجه في كتاب الشفعة: **314/9**.

ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ»[1].

وقال ﷺ: «ما آمن بي من بات شبعانًا وجاره طاويًا»[2].

وقال ﷺ: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدَكُمْ جاره أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ[3] فِي جِدَارِهِ»[4]، فأراد النبي ﷺ بقوله[5]: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ»[6]؛ أي: احتمال ما ينوبه من هذه الحقوق، وكذلك يعوده إذا مرض، ويشهد جنازته إذا مات، ويجيبه إذا دعاه.

وإذا احتمل ما قلناه في هذا الحديث المجمل، ثم فسَّره في حديث آخر «أن لا شفعة إِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ»[7]؛ كان الحديث المفسر أَوْلَى من المجمل[8].

إذا ثبت هذا فقال مالك: الشفعة مستحقة في العقار والدور والحوانيت والأرضين[9] والبساتين والنخيل، وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة، ولا شفعة في عرض ولا حيوان[10].

والفرق بين العروض[11] والحيوان، وبين الأرضين وجود الضرر في الأرض

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: 8/ 10، في باب الوصاة بالجار، من كتاب الأدب، برقم (6015).
ومسلم: 4/ 2025، في باب الوصية بالجار والإحسان إليه، من كتاب البر والصلة والآداب، برقم (2625) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(2) رواه الطبراني في الكبير: 1/ 259، برقم (751)، عن أنس بن مالك، ولفظه: «مَا آمَنَ بِي مَنْ بَاتَ شَبْعَانًا وَجَارُهُ جَائِعٌ إِلَى جَنْبِهِ وَهُوَ يَعْلَمُ بِهِ»، والهيثمي في مجمع الزوائد: 8/ 167، برقم (13554) كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(3) كلمة (خشبه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) تقدم تخريجه في باب البنيان والمرافق من كتاب إحياء الموات وحريم الآبار: 268/9.

(5) كلمة (بقوله) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) تقدم تخريجه في كتاب الشفعة: 314/9.

(7) تقدم تخريجه في أول كتاب الشفعة: 313/9.

(8) قوله: (ويحتمل أن يكون النبي ﷺ أراد بقوله: «الجار أحق بصقبه ... من المجمل) بنحوه في شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 6/ 381 و382.

(9) كلمتا (والحوانيت والأرضين) يقابلهما في (م): (والأرضين والحوانيت) بتقديم وتأخير.

(10) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 402 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 101.

(11) في (ز): (العرض).

المشتركة على وجه الدوام، وسائر العروض بخلاف ذلك.

قال الأبهري: ولأنَّ النبي ﷺ إنما حكم بالشفعة في الأرضين دون غيرها، وليس يجوز أن[1] يجمع بينهما من جهة المعنى؛ لأنَّ منفعة الأرضين أكثر وأوكد، والإنسان إليها أحوج من غيرها من الأشياء؛ إذ لا بدَّ للإنسان من الأرض؛ لاستقرارهم عليها.

وقد يجوز أن يستغنوا عن الحيوان والثياب -أعني: من طريق العقل لا من طريق الشرع- لأنَّ الإنسان يمكنه أن يبقى وقتًا من الزمان عريانًا، ولا يمكنه أن لا يكون على الأرض أو ما يتصل بها.

وإذا كان هذا كذلك؛ كانت منفعة[2] الأرض أعم للناس، فأزيل الضرر عنهم بدخول[3] من لم يعرفوا شركته عليهم -والله أعلم- وعلى هذا فقهاء الأمصار.

وأما قوله: (والشفعة للخليط، وليس للجار شفعة) فإنما قال ذلك؛ لقوله ﷺ [ز: 807/ ب]: «**فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ، فَلاَ شُفْعَةَ**»[4]، وهذا يدل على أنَّ الجار ليس له شفعة.

وسُئِل سعيد بن المسيب عن[5] الشفعة: هل فيها من سُنَّة؟ فقال: "نعم، [الشفعة في الدور والأرضين][6] ولا تكون إلا بين الشركاء"[7].

ورُوي عن سليمان بن يسار مثله[8].

وقد تقدَّم من احتجاج أبي بكر الأبهري ما فيه كفاية[9].

---

(1) كلمتا (يجوز أن) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(2) عبارة (وإذا كان هذا كذلك؛ كانت منفعة) يقابلها في (ز): (وهذا إذا كانت المنفعة في).

(3) في (م): (لدخول).

(4) تقدم تخريجه في أول كتاب الشفعة: **313/9**.

(5) في (م): (في).

(6) عبارة (الشفعة في الدور والأرضين) ساقطة من (ز) و(م)، وقد أتينا بها من موطأ مالك.

(7) رواه مالك في موطئه: **4/ 1032**، في باب ما تقع فيه الشفعة، من كتاب الشفعة، برقم (**2634**).

والبيهقي في سننه الكبرى: **6/ 170**، برقم (**11562**) كلاهما عن سعيد بن المسيب رَحِمَهُ اللهُ.

(8) رواه البيهقي في سننه الكبرى: **6/ 180**، برقم (**11597**) عن سليمان بن يسار رَحِمَهُ اللهُ.

(9) انظر النص المحقق: **316/9**.

[الشفعة في الطريق والبئر ونحوهما]

(ولا شفعة في طريق، ولا بئر، ولا فحل نخل)[1].

والأصل في ذلك ما خرَّجه الدارقطني عن عثمان بن عفان ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلَا فَحْلِ نَخْلٍ**»[2].

إذا ثبت هذا، فلا شفعة في الطريق؛ لأنَّها بقيت مرتفقًا لأهلها، ويبقى الأصل لا شفعة فيه، وهي البيوت المقسومة، وكذلك البئر -إذا قسمت الأرض وبقي البئر مرتفقًا لأهله- فلا شفعة فيه كالطريق[3].

قال الأبهري: وهذا إذا كان بياضها مقسومًا، فأمَّا إذا كان بياضها غير مقسوم؛ ففيها الشفعة، وكذلك الفحل إذا كان وحده لا شفعة فيه؛ لأنَّه لا ينقسم وليس معه ما يقسم معه، وكل هذه الأشياء لا تنقسم في أنفسها، ولا تتبع شيئًا غير مقسوم يكون فيه الشفعة، فلم تجب فيه الشفعة لهذه العلة.

قال مالك: والحديث الذي جاء «**لَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ**»؛ إنما ذلك في بئر [م: **298**/ ب] الأعراب، فأمَّا بئر الزرع والنخل؛ ففيها[4] الشفعة إذا كانت النخل لم تقسم[5].

قال الأبهري: لأن بئر البادية والأعراب ليست بملك لأحد حتى يبيعها، وإنما هي لجملة الناس ينتفعون بها كالمساجد، والمقابر، والقناطر ينتفع الناس بها؛ فلا يجوز بيعها.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 299 و(العلمية): 2/ 334 و335.

(2) لم أقف عليه عند الدراقطني ولم أقف عليه مرفوعًا، والذي وقفت عليه موقوفًا رواه مالك في موطئه: 4/ 1037، في باب ما لا تقع فيه الشفعة، من كتاب الشفعة، برقم (2650).

وعبد الرزاق في مصنفه: 8/ 80، برقم (14393).

وابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 454، برقم (22071).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 173، برقم (11576) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عثمان ﷺ.

(3) قوله: (إذا ثبت هذا ... فيه كالطريق) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 228.

(4) في (م): (ففيه).

(5) قول مالك بنصِّه في الاستذكار، لابن عبد البر: 7/ 80.

فأما البئر التي تملك؛ فلا بأس ببيعها، كما يجوز للإنسان بيع أملاكه، وفيها الشفعة إذا كانت تبعًا لبياض غير مقسوم؛ لأنَّ في أصلها الشفعة التي هي تبع له، فإذا لم يكن لها بياض، وكان قد قسم لم تكن فيها الشفعة؛ لأنها لا تنقسم في نفسها، وليست هي تبعًا لأصل غير مقسوم.

[فيمن له طريق أو مسيل ماء في دار، فبيعت هذه الدار]

(ومن كان[1] له في دار طريق أو مسيل ماء أو ساباط[2] فبيعت؛ فلا شفعة له فيها)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ أملاكها متميزة والشركة منتفية، ولأنَّه ليس له شركة في نفس الملك، وإنما له حق متعلق[4] على الملك، وكذلك الدار علوها لرجل وسفلها لآخر؛ فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر؛ لأنه لا شركة بينهما[5].

[الشفعة على قدر الأنصباء]

(والشفعة على قدر الأنصباء، وليست على عدد الرؤوس)[6].

اختُلِفَ في الشفعة هل هي عدد الرؤوس أو على قدر الأنصباء؟

فقال مالك: هي على قدر الأنصباء[7].

وقال أبو حنيفة: هي على عدد الرؤوس.

---

(1) في (ز): (كانت).

(2) المنوفي: الساباط: سقيفة تحتها ممر. اهـ. من شفاء الغليل (بتحقيقنا): 2/ 337.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 299 و(العلمية): 2/ 335.

(4) في (ز): (يتعلق).

(5) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنَّ أملاكها ... شركة بينهما) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 229.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 299 و(العلمية): 2/ 337.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 402، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 101.

ودليلنا أن الشفعة معنى مستفاد بالملك؛ فوجب أن تكون معتبرة بقدر الملك لا بعدد [ز: **808**/ أ] الملاك.

أصله: غلة[1] الدار، وكسب العبد[2].

قال الأبهري: وإنما قال مالك: إن الشفعة على قدرِ الأنصباء؛ لأنَّ الشفعة إنما جعلت لدفعِ[3] الضرر عن الشركاء بدخول من لم يعرفوا شركته عليهم في ملكهم[4].

فمن كثرت حصته؛ كان ما يدخل عليه من الضرر أكثر على حسب ملكه؛ فوجب أن يكون له رفع ذلك بقدر ملكه، وذلك بمنزلة المحاصة في مال الغريم أن كل واحد من الغرماء يأخذ من ماله[5] بقدر الذي له، ولا يأخذ على حسب الرؤوس؛ لأنَّ الضررَ الذي يدخل على صاحب المال الكثير أكثر منه على صاحب القليل، وإن كانوا كلهم لهم دَيْن وحق على الغريم؛ فوجب أن يأخذ كل واحد من مال الغريم بقدر دينه، وكذلك يضرب أهل الوصايا في الثلث[6] على قدرِ ما أوصى لهم لا على عدد رؤوسهم.

فكذلك يجب أن يكون أخذ الشفعاء بالشفعة على قدر أنصبائهم؛ لأنَّ الضرر يدخل عليهم على قدر ذلك، فمن كان ضرره أكثر؛ يجب أن تكون منفعته أكبر في أخذ الشفعة، وليس يشبه هذا الشركاء[7] إذا كانوا في عبدٍ وكان[8] لأحدهم النصف، ولآخر[9] الثلث، ولآخر[10] السدس، فأعتق صاحب الثلث والسدس ما لهما فيه؛ أنَّ حصة صاحب

(1) كلمتا (أصله: غلة) يقابلهما في (م): (كغلة).

(2) من قوله: (اختلف في الشفعة) إلى قوله: (وكسب العبد) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 229**.

(3) في (ز): (لرفع).

(4) انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[160/ أ]**.

(5) كلمتا (من ماله) ساقطة من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(6) عبارة (أهل الوصايا في الثلث) يقابلها في (م): (في الثلث أهل الوصايا).

(7) في (ز): (الشريك).

(8) عبارة (إذا كانوا في عبدٍ وكان) يقابلها في (ز): (مع رجل في عبد إذا كانوا).

(9) في (ز): (وللآخر).

(10) في (ز): (وللآخر).

النصف تقوَّم عليهما نصفين، لا على قدر حصصهما من قِبل أن ضرر[1] الحرية، ودخولها في العبد، يستوي فيها القليل والكثير.

فإن كانت أمة لم يقدر سيدها على وطئها، فقليل الحرية مثل الكثير، وإن كان عبدًا لم يقدر أن ينتزع ماله ولا[2] يسافر به.

فلما كان الضرر في دخول الحرية واحدًا في القليل والكثير وكان صاحب السدس قد أدخَل الضرر على شريكه، وهو صاحب النصف، كما أدخله صاحب الثلث؛ فوجب أن يقوَّم عليهما نصفين؛ لاستوائهما في الضرر.

وقد حُكي عن مالك في العتق أنه يقوَّم عليهما[3] على حسب الحصص -أيضًا- بمنزلة الشفعة، [م: 299/ أ] وهذا هو المشهور من قوله، رواه عنه ابن القاسم[4]، وابن عبد الحكم، والقول الأول رواه عبد الملك.

[الشفعة بين أهل الميراث]

(والشفعة بين أهل الميراث على قدر سهامهم، وأهل كل سهم أحق بشفعتهم فيما بينهم دون أهل السهم الآخر)[5].

اعلم أنَّ الشفعة بين أهل الميراث على قدر سهامهم؛ لأنَّ الشفعة إنما وجبت لهم بحصصهم، فلتكن مقسومة بينهم على قدر ما لكلِّ واحدٍ منهم، فمن كثرت حصته[6] كثرت شفعته[7]، ومن قلَّت حصته؛ قلَّت شفعته.

قال مالك: وأهل كل سهم أحق بالشفعة فيما بينهم دون أهل السهم الآخر،

---

(1) ما يقابل كلمة (ضرر) مطموس في (م).

(2) عبارة (ينتزع ماله ولا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (عليهما) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 188، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 237.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 299 و(العلمية): 2/ 337.

(6) في (ز): (حصتهم).

(7) في (ز): (شفعتهم).

فمن باع من أهل سهم منهم، فشركاؤه في ذلك السهم أحق [ز: **808**/ ب] بالشفعة من باقي الورثة[1].

قال الأبهري: لأنَّ أهل كل سهم أقرب لبعضهم من بعض من أهل السهم الآخر، ودخول غيرهم عليهم يضر بهم في سهمهم؛ فوجب أن يكونوا أَوْلَى بالشفعة؛ لإزالة الضرر الذي يخصهم[2] عنهم؛ ولأن الضرر إلى أهل السهم الواحد أقرب منه إلى غيرهم من الشركاء؛ فوجب أن يكونوا أَوْلَى بالشفعة فيما بينهم؛ إذ الشفعة إنما هي لدفع الضرر بدخول الأجنبي عليهم؛ ألا ترى أنه إذا قسم بينهم[3] كان لأهل كل سهم في القسمة حوزًا منفردًا[4] دون أهل السهم الآخر.

فإن باع أهل السهم الآخر[5] سهمهم الذي ورثوه؛ فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب.

قال الأبهري: لأنَّ الشراء ليس هو في القوة كالسهم المفروض؛ لأنَّ الميراث لا بدَّ من وقوعه، وليس الشراء كذلك؛ إذ الشراء[6] قد يمكن ألا يقع، وليس كذلك سهام الفرائض.

قال مالك: وإن هلك رجلٌ وترك ثلاثة بنين؛ اثنين شقيقين وآخر لأب، وترك بينهم دارًا، فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسمة؛ فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب سواء؛ إذ بالبنوة ورثوا، ولا ينظر إلى[7] الأقعد بالبائع.

ولو ولد لأحدهم أولاد ثم مات، فباع بعض ولده حصته؛ فبقية ولده[8] أشفع من

---

(1) قول الإمام مالك بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: **12/ 86**.

(2) ما يقابل كلمة (يخصهم) غير قطعي القراءة في (ز) وهو مطموس في (م).

(3) كلمة (بينهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (مفردًا).

(5) كلمة (الآخر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) كلمة (الشراء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) حرف الجر (إلى) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(8) كلمة (ولده) يقابلها في (ز): (ولد الشفيع البائع) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

أعمامهم؛ لأنهم أهل مورث ثان[1]، فإن سلموا؛ فالشفعة لأعمامهم.

وإن باع أحد الأعمام؛ فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم؛ لدخولهم مدخل أبيهم[2].

(وإذا كان في الورثة ذوو سهام وعصبة، فباع أحدٌ من ذوي السهام حقه؛ فالشفعة لأهل سهمه.

وإن باع بعض العصبة حقه، فالشفعة لذوي السهام والعصبة جميعًا.

فإذا باع جميعهم سهمهم[3]؛ كانت الشفعة لأهل السهم الآخر)[4].

اعلم أنه إذا مات شخص وترك ذوي سهام وعصبة، مثل أن يترك زوجات أو جدَّات[5] وعصبات، فباع بعض الزوجات؛ كانت الشفعة لبقيتهن.

وإن سلمن؛ كانت الشفعة لبقية الورثة من أهل السهام الباقين وغيرهم، فإن باعت إحدى الجدَّات؛ كانت الشفعة لبقيِّتهن، فإن سلمن[6]؛ كانت الشفعة لجميع الورثة؛ الزوجات والجدَّات والعصبة[7].

قال الأبهري: لأنَّ الزوجات في الربع أو الثُّمن[8] أهل سهم واحد، وكذلك الجدَّات ومن أشبههن من أهل الفرائض الذين هم أهل سهم واحد؛ هم أَوْلَى بالشفعة فيما بينهم إذا باع واحدٌ منهم من أهل السهام الأخرى أو أهل التعصيب؛ لأنَّ الضرر يلحقهم[9]، والضرر

---

(1) كلمة (ثان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 100.

(3) في (م): (سهمه).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 299 و(العلمية): 2/ 337.

(5) كلمتا (أو جدَّات) يقابلهما في (م): (وجدَّات).

(6) في (ز): (سلمت).

(7) قوله: (اعلم أنه إذا مات ... والجدات، والعصبة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3304.

(8) كلمتا (أو الثمن) يقابلهما في (ز): (والثمن).

(9) كلمتا (الضرر يلحقهم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

أقرب منهم[1] إلى غيرهم من الشركاء؛ فوجب أن يكونوا [ز: 809/ أ] أَوْلَى بالشفعة فيما بينهم؛ إذ الشفعة إنما هي لرفع الضرر [م: 299/ ب] بدخول الأجنبي عليهم؛ ألا ترى أنه إذا قسم بينهم كان لأهل[2] كل سهم في القسمة حوزًا مفردًا دون أهل السهم الآخر.

وإذا كانوا كذلك؛ كانوا أقرب من غيرهم، فهم أَوْلَى بالشفعة فيما بينهم من غيرهم من الشركاء، فإذا تركوا هم[3] شفعتهم أو لم يبقَ منهم أحد؛ كان لأهل السهام أو العصبة الشفعة.

واختُلِفَ إذا باع بعض العصبة[4]؛ فقال مالك مرة: هم كأهل سهم واحد الشفعة لبقيتهم[5].

وقال أيضًا: الشفعة لجميع الورثة[6].

قال الأبهري: لأنَّ سبب العصبة أضعف؛ إذ العصبة إنما يأخذون ما فضل عن أهل السهام، فسهمهم أضعف، فدخل الأقوى على الأضعف، ولم يدخل الأضعف على الأقوى، كما قُدِّم في الميراث الأقوى على الأضعف، ولم يُقَدَّم الأضعف على الأقوى[7].

ولأن أهل السهام يرثون على كل تقدير، والعصبات[8] لا يرثون إلا في بعض الحالات.

ورأى أشهب أن بقية العصبة أحق كأهل سهم واحد.

---

(1) ما يقابل عبارة (والضرر أقرب منهم) مطموس في (م).

(2) ما يقابل كلمة (لأهل) مطموس في (م).

(3) كلمة (هم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) كلمتا (بعض العصبة) يقابلهما في (ز): (بعض الورثة العصبة) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 101.

(6) قوله: (واختلف إذا باع... الشفعة لجميع الورثة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3304.

(7) جملة (كما قدم في الميراث الأقوى على الأضعف، ولم يقدم الأضعف على الأقوى) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (م): (والعصبة).

واحتجَّ على ذلك بقول مالك في الرجل يوصي بثلث حائطه فيبيع بعضهم: إن بقية من أوصى له[1] أحق بالشفعة من سائر أهل الحائط.

قال أشهب: فهذا والعصبة سواء.

قال ابن المواز[2]: ليس[3] من أوصي له بجزء معلوم، فأشركهم في ثلث أو ربع بمنزلة من لا يصير[4] له إلا ما بقي، وقول مالك أحب إلينا وأصوب، وعليه جماعة أصحابه[5].

[فيمن وُهِب له سهمٌ من دار أو أرض مشتركة]

(ومن وُهِب له سهم من دار أو أرض مشتركة؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنَّ فيه الشفعة بقيمته.

والثانية[6] أنه ليس فيه شفعة)[7].

اختُلف فيمن وُهب له سهم من دار أو أرض مشتركة لغير ثواب؛ هل فيه شفعة أم لا؟

فقال ابن عبد الحكم: اختَلف قول مالك في ذلك، فقال مرة: فيه الشفعة، وقال مرة: لا شفعة فيه[8].

فوجه القول الأول هو أنه انتقال ملك باختيار المتعاقدين؛ فوجبت[9] فيه الشفعة

---

(1) في (ز): (لهم) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) كلمتا (ابن المواز) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(3) في (ز): (لأنَّ) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) في (ز): (يعتبر) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) في (م): (أصحابنا).

من قوله: (ورأى أشهب أن بقية) إلى قوله: (وعليه جماعة أصحابه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 402**.

(6) كلمة (والثانية) يقابلها في (م): (والرواية الأخرى).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 300** و(العلمية): **2/ 339**.

(8) قوله: (اختلف فيمن وُهب ... شفعة فيه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 174**.

(9) في (ز): (فوجب).

اعتبارًا بالبيع[1].

ووجه القول الثاني هو أنه انتقال ملك بغير عوض، فلم تثبت فيه شفعة اعتبارًا بالميراث[2].

قال الأبهري: ولأنه أراد بذلك القربة إلى[3] الله تعالى، فلم يجز إبطال فِعله ولا من[4] جعل له ذلك، فأشبه ذلك الميراث؛ لأنَّ الوارث[5] لم يأخذ ذلك بعوض أخرجه، فكذلك الموهوب، فلم تكن فيه الشفعة، والله أعلم.

قال الأبهري: والأول أقيس؛ لما ذكرناه من دخول الضرر على شريكه[6]، فله إزالة ذلك عنه، ولأنَّ الشريك إنما نقل ملكه باختياره، وكذلك المنقول إليه، وليس يشبه ذلك الميراث؛ لأنه لا صُنع له في ذلك -أعني: الوارث [ز: **809**/ ب] والموروث- فأما المأخوذ من يده[7] الشقص في الهبة والصدقة؛ فإنه يُعطَى عوض[8] ما يُؤْخذ منه[9]، فيجعل للواهب والمتصدق الثواب[10] فيما فعله، ولم يبطل فعله فيما فعل.

وليس فعله -وإن كان أراد القربة- مبطلًا حق غيره -الذي هو الشريك- من إزالة الضرر عنه إذا شاء، والله أعلم[11].

---

(1) ما يقابل كلمة (بالبيع) مطموس في (م).

(2) من قوله: (اختلف فيمن وهب) إلى قوله: (شفعة اعتبارًا بالميراث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 470 و471**.

(3) ما يقابل عبارة (ولأنه أراد بذلك القربة إلى) مطموس في (م).

(4) في (ز): (ممن)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) في (م): (الميراث).

(6) كلمتا (على شريكه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(7) كلمتا (من يده) يقابلهما في (م): (منه).

(8) في (ز): (فيه).

(9) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) في (ز): (للوارث).

(11) من قوله: (ووجه القول الثاني: هو أنه انتقال ملك بغير) إلى قوله: (إذا شاء، والله أعلم) جاء متأخرًا في نسخة (م) بعد قوله: (ولا المنقول إليه في ذلك).

قال الأبهري: ولأنَّه أدخل على شريكه من لم يعهد شركته، فكان لشريكه أن يزيل الضرر عنه، ويأخذ الشقص بقيمته، وأشبه ذلك البيع؛ لأنَّه نقل ملكه باختيار منه، ولا يشبه الهبة والصدقة والوصية الميراث؛ لأنَّ الميراث ليس هو نقل ملك باختيار، ولا صنع للناقل فيه، ولا المنقول إليه في ذلك.

قال اللخمي [م: 300/ أ]: وألَّا شفعة في الهبة أصوب، ولا يستحق على رجل ملكه إلا في موضع جاءت به السُّنَّة، وهو البيع[1]، وقد قال ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ**»[2]، ولا يتصور ذلك في الهبة[3].

[الشفعة في السهم يكون صداقًا أو صلحًا]

(ومن تزوَّج امرأة بسهم في دار أو أرض؛ ففيه الشفعة بقيمته دون صداق المثل، ومن صالح من دمٍ عمدٍ على سهمٍ من دارٍ أو أرضٍ مشتركةٍ؛ ففي ذلك الشفعة بقيمة السهم)[4].

اعلم أنَّ الشفعة تستحق في النكاح، والخلع ودم العمد خلافًا لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لقوله ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ**»، خرَّجه مسلم[5].

ولأنَّه نوع معاوضة يملك به ما تجب فيه الشفعة؛ فجاز أن تستحق به الشفعة، كالبيع[6].

قال الباجي: ولأنَّه شقص ملك بنوع معاوضة[7]، فثبتت فيه الشفعة، كما لو ملك

---

(1) كلمتا (وهو البيع) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وهما في تبصرة اللخمي.

(2) رواه مسلم: 3/ 1229، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم (1608) عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3398.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 300 و(العلمية): 2/ 339.

(5) رواه مسلم: 3/ 1229، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم (1608) عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(6) قوله: (اعلم أنَّ الشفعة ... الشفعة، كالبيع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 231.

(7) كلمتا (بنوع معاوضة) يقابلهما في (ز): (بمعاوضة).

بالبيع[1].

إذا ثبت هذا؛ فالشفعة بقيمة الشقص لا بمهر المثل؛ لأنَّ النكاح طريقه المكارمة والمواصلة، فإن الإنسان قد يتزوج المرأة بأمثال صداقها؛ لأجل رغبته فيها، وآخر يتزوج المرأة بأقل من صداق مثلها؛ لرغبته عنها[2]، فكان الرجوع إلى قيمة الشقص الذي تراضوا عليه أوْلَى[3].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللهُ: لأنَّ النكاح ليس يجري أمره مجرى البيع؛ لأنَّ البيع موضوعٌ على المتاجرة والمكايسة[4] والاستقصاء فيه، هذا هو الغالب دون النادر؛ ألا ترى أنه لا يجوز البيع بغير ثمن مسمًّى، وليس كذلك النكاح؛ لأنَّ الغرض فيه المواصلة، والمكارمة، وحصول حرمة النسب، والصهر[5] لا المتاجرة والمكايسة؛ ألا ترى أنه يجوز النكاح بغير مهر مسمًّى؛ إذ الغرض فيه ليس المهر، ولا يجوز ذلك في البيع؛ لأن الغرض فيه الثمن دون غيره[6].

وإذا كان كذلك أخذ الشفيع الشفعة بقيمة الشقص لا بمثل مهر المثل[7]، وقد يكون مهر المرأة ألفًا وسامَحَتْه [ز: **810**/ أ] الزوجة، فأخذت منه شقصًا قيمته مائة، فلو ألزمنا[8] الشفيع أن يأخذ الشقص بالألف كنا قد حِفنا[9] عليه وأعطينا المرأة أكثر مما عاوضت به.

وقد تكون -أيضًا- قيمة الشقص ألفًا ومهر المرأة مائة، فلو جعلنا للشفيع أخذ

---

(1) المنتقى، للباجي: **8/ 193**.

(2) عبارة (صداق مثلها؛ لرغبته عنها) يقابلها في (ز): (صداقها).

(3) قوله: (إذا ثبت هذا... تراضوا عليه أوْلَى) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 476**.

(4) كلمة (والمكايسة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمتا (النسب، والصهر) يقابلهما في (م): (النسب في الصهر).

(6) مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [**154**/ أ].

(7) في (ز): (المرأة).

(8) ما يقابل كلمتا (فلو ألزمنا) مطموس في (م).

(9) من الحيف وهو المَيل والظُلم.

الشقص بمائة -وهو يساوي ألفًا- كنا قد حِفنا على المرأة، وأذهبنا بفضل الزوج عليها؛ فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص.

وهذه هي الحجة في الخلع ودم[1] العمد؛ إذ لا قيمة معلومة لها، فكان الأعدل الرجوع إلى قيمة الشقص[2].

(ومن صالح من دم خطأ على سهم من دار أو أرض مشتركة؛ ففيه[3] الشفعة بالدية)[4].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ الخطأ الواجب فيه الدية، والشقص أُخِذَ في[5] مقابلتها؛ فكانت الشفعة[6] بالدية.

إذا ثبت هذا، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل[7].

قال ابن يونس: وكان يجب أن يأخذه بمثل الإبل إلى الأجل؛ لأنها ثمن الشقص وهي موصوفة، وأراه إنما فرَّق بين ذلك؛ لأن صفات الإنسان غير محصلة؛ فهي بخلاف ما لو كانت ثمنًا للشقص؛ إذ لا يصح بيع الشقص؛ إلا بأن تكون الإبل موصوفة معلومة الصفة.

فإن قيل: فقد قال: يأخذ بقيمة الإبل، وهل يقوَّم إلى ما يوصف؟

قيل: لعله رأى أن الغرر في الصفة أخف من أخذ عين الإبل[8].

---

(1) ما يقابل عبارة (وهذه هي الحجة في الخلع ودم) مطموس في (م).

(2) من قوله: (إذا كان كذلك أخذ) إلى قوله: (الرجوع إلى قيمة الشقص) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 476 و477.

(3) في (ز): (ففيها).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 300، و(العلمية): 2/ 339.

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(6) كلمتا (فكانت الشفعة) يقابلهما في (ز): (والشفعة).

(7) قوله: (فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 124.

(8) جملة (قال ابن يونس: وكان يجب أن ... عين الإبل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
و الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 478.

وإن كانت أهل ذهب أو ورق[1] أخذه بذلك، ينجم ذلك على [م: **300**/ ب] الشفيع كالتنجيم على العاقلة، الدية في ثلاث سنين ثلثها في سنة، وثلثاها في سنتين.

واختُلِفَ في النصف؛ فقال مالك مرة: يؤخذ في سنتين، وقال مرة: يَجْتهِدُ فيه الإمام على قدر ما يرى، إن رأى أن يجعله في سنتين، أو سنة ونصف؛ فعل[2].

قال ابن القاسم: وفي سنتين أحب إلينا؛ لما جاء أن الدية تقطع على ثلاث سنين أو أربع[3].

[فيمن باع ما فيه الشفعة وما لا شفعة فيه صفقة واحدة]

(ومن باع ما فيه الشفعة وما لا شفعة فيه صفقة واحدة؛ فللشفيع أن يأخذ ما فيه الشفعة بحِصَّتِهِ من الثمن)[4].

اعلم أن من باع ما فيه الشفعة، وما لا شفعة فيه صفقة واحدة؛ فللشفيع أن يأخذ ما فيه الشفعة بحصته من الثمن؛ مثل أن يبيع شقصًا من دارٍ وعرض في صفقة واحدة؛ فللشفيع أن يأخذ ما فيه الشفعة بحصته من الثمن[5] بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة، تغيَّرت الدار بسكناه أو لم تتغير.

وليس للشفيع أخذ العرض، ولا ذلك عليه إن أباه؛ لأنه لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه[6].

قال الأبهري: ولأنَّ في أخذِه ما لا شفعة له فيه ضرر عليه، فليس يلزم ذلك.

وإذا كان كذلك؛ لم يكن على الشفيع أن يأخذَ غير الذي له فيه الشفعة مما اشتراه

---

(1) عبارة (ذهب أو ورق) يقابلها في (ز): (ورق) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) قوله: (وإن كانت أهل ذهب أو ورق ... ونصف؛ فعل) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 442**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 124**.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 389**.

(4) التفريع (الغرب): **2/ 300**، و(العلمية): **2/ 341**.

(5) جملة (مثل أن يبيع شقصًا من دارٍ ... من الثمن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قوله: (اعلم أن من باع ... شفعة فيه) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 106**.

المشتري؛ لأنه يقول: ليس عليَّ أن آخذ كل ما جمعته الصفقة مما لا شفعة لي فيه، ولا حاجة لي إلى شرائه[1]، فكان ذلك له، ولأنَّ المشتري دخل على تبعيض صفقته.

قال ابن يونس: فعلى قول من يرى الشفعة كالاستحقاق وكان قيمة الشقص الجُل؛ فللمبتاع ردُّ العرض على البائع؛ لأنه استحق عليه جل صفقته، وعلى القول بأنه بيع مبتدأ؛ لا ردَّ له بحال[2].

[فيمن باع سهمًا من دور مشتركة صفقة واحدة]

(ومن باع سهمًا[3] من دور مشتركة صفقة واحدة، وشفيعها واحد فأراد أن يأخذ بعض ذلك دون بعض؛ فليس له إلَّا أن يأخذ الجميع أو يترك)[4].

اعلم أن من اشترى سهمًا من دور[5] مشتركة من رجل أو رجال صفقة واحدة وشفيعها [ز: **810**/ ب] واحد، فأراد أن يأخذ بعضًا ويدع بعضًا؛ فليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يترك[6] الجميع[7].

قال الأبهري: لأنَّ المشتري يلحقه الضرر بتفريق صفقته التي اشتراها، ويخالف[8] ذلك غرضه الذي أراده ودخل عليه؛ فليس للشفيع أن يفرِّق الصفقة إذا كان له الشفعة في كلِّها إذا لم يرض بذلك المشتري، فإما أَخَذ الشفيع الكل أو تركه.

وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل، ومن آخر[9] حصته في دار، ومن آخر حصته في قرية في صفقة واحدة، أو كان بائع ذلك كله واحد وشفيع ذلك كله واحد، فإما

---

(1) في (ز): (شركه).

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10**/ **423**.

(3) في (م): (سهامًا).

(4) التفريع (الغرب): **2**/ **300** و(العلمية): **2**/ **342**.

(5) ما يقابل عبارة (سهمًا من دور) مطموس في (م).

(6) في (م): (يدع).

(7) قوله: (اعلم أن من اشترى... أو يترك الجميع) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10**/ **419**.

(8) كلمة (ويخالف) يقابلها في (ز): (أو يخالف).

(9) ما يقابل عبارة (حصته في نخل، ومن آخر) مطموس في (م).

أَخَذَ الجميع أو ترك الجميع(1).

وليس له أن يأخذ بعض ذلك ويترك بعضه؛ إلَّا أن يرضى المشتري؛ لأن الحقَّ له في الجميع، فلا يترك لتبعيض الصفقة على المشتري(2).

قال الأبهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنَّ في ذلك ضررًا على المشتري؛ لتفريق صفقته، وفي أخذ الشفيع له منفعة لزوال الضرر عنه في أملاكه التي يدخل عليه فيها من لم يعرف شركته؛ فليس له أن يأخذ بعض ذلك ويترك بعضًا.

ولا يشبه هذا ما ذكرناه إذا كان(3) في الصفقة ما لا شفعة فيه للشفيع؛ لأنَّ في أخذه ما لا شفعة له فيه(4) ضررًا عليه، فليس يلزم ذلك، وفي تركه بعض ما فيه [م: **301**/ أ] الشفعة ضررًا على المشتري، فليس له فِعل ذلك -والله أعلم- إلا أن يشاء المشتري.

فأمَّا إذا كانت صفقات(5) مفترقات؛ فللشفيع أن يأخذ في أيِّ صفقة شاء، ويدع أي صفقة شاء؛ لأنه لم يفرِّق على المشتري صفقة واحدة.

[في بيع سهم له شفعاء عدَّة،
فترك بعضهم الأخذ بالشفعة]

(وإذا بيع سهم له شفعاء عِدَّة فترك بعضهم الأخذ بالشفعة؛ فلمَنْ بقي أن يأخذ(6) الكل بشفعته أو يترك، وليس له أن يأخذ منه بقدر نصيبه)(7).

وإنما قال ذلك؛ لأن البعض لما تركوا الأخذ بالشفعة صار الشقص كأنه ليس له إلَّا

(1) كلمة (الجميع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

و قوله: (وكذلك إن اشترى ... ترك الجميع) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 414**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 105**.

(2) قوله: (فليس له أن يأخذ ... المشتري) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 232**.

(3) كلمتا (إذا كان) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(4) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمتا (كانت صفقات) يقابلهما في (ز): (كانت الصفقة صفقات).

(6) ما يقابل عبارة (فلمن بقي أن يأخذ) مطموس في (م).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 301** و(العلمية): **2/ 343**.

شفيع واحد، فلم يكن له إلَّا أخذ الجميع أو تركه.

قال الأبهري: لأنَّ المشتري يلحقه الضرر بتفريق صفقته عليه، ويخالف ذلك الغرض الذي أراده، فإن شاء هذا القائم أن يأخذ الجميع؛ فليس للمبتاع أن يمنعه من ذلك، ويقول: لا تأخذ إلَّا بقدر حصتك.

قال أصبغ: إن كان[1] تسليم من سلم على وجه الهبة للمشتري والصدقة عليه بها؛ فليس للآخذ إلَّا بقدر سهمه، وللمبتاع سهم من بقي، فإن كان على ترك الشفعة وكراهة الأخذ بها؛ فللمتمسك أخذ جميعها[2].

[في حضور بعض الشفعاء وغياب بعضهم]

(وإذا كان بعض الشفعاء حضورًا وبعضهم غُيَّبًا؛ فللحاضر أن يأخذ الكل بشفعته أو يتركه.

وليس له أن يأخذ منه[3] بقدر حصته، فإذا قدم الغائب؛ أخذ من الحاضر بقدر حصته)[4].

اعلم أن من ابتاع شقصًا من دار له شفعاء بعضهم حضورًا وبعضهم غيبًا، فأراد الحاضر أن يأخذ بقدر حصته؛ لم يكن له ذلك؛ لأنَّ [ز: **811**/ أ] الشفعاء الغيَّب كأنهم لم يكونوا، أو لم[5] يبق إلا الحاضر، فإمَّا أخذ الجميع أو ترك، وليس له أن يبعض

---

(1) في (ز): (شاء) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(2) في (ز): (الجميع).

قول أصبغ بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 153**.

و من قوله: (فإن شاء هذا القائم) إلى قوله: (فللمتمسك أخذ الجميع) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 419**.

(3) كلمة (منه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) جملة (حصته، فإذا قدم الغائب؛ أخذ من الحاضر بقدر حصته) يقابلها في (ز): (نصيبه).

والتفريع (الغرب): **2/ 301** و(العلمية): **2/ 343**.

(5) ما يقابل كلمتا (أو لم) مطموس في (م).

على[1] المشتري صفقته إلا أن يرضى بذلك، فإن قال: أنا آخذ حصتي، فإن قدم أصحابي فأخذوا حصصهم وإلا أخذت؛ لم يكن له ذلك، فإمَّا أخذ الجميع أو ترك[2].

قال الأبهري: لأنَّ في أخذه بعض ذلك إذا كان شفيعًا في كله[3] ضررًا على المشتري، وتفريقًا لصفقته، وليس له أن يضر به، فإمَّا أخذ الكل أو ترك.

وليس له أن يترك الأخذ بشفعته[4] حتى يقدم أصحابه؛ لأنَّ في ذلك ضررًا على المشتري؛ لأنه يريد أن يتصرف فيما اشتراه ببناءٍ أو هدمٍ أو عمارة أو غرس، فإذا لم يأخذ الحاضر بالشفعة؛ امتنع المشتري من التصرف فيما اشتراه؛ لجواز أن يؤخذ منه[5] بالشفعة، فيدخل عليه بامتناعه الضرر؛ فوجب على الحاضر أن يأخذ الكل بالشفعة، أو يترك ثم يكون الغُيَّب على حقوقهم فيما يخصهم من الشفعة إذا قدموا يدخلون على الشفيع في ذلك؛ لأنَّ الشفعة حقٌّ لهم جميعًا.

فإن سلم؛ فلا أَخْذ له[6] مع أصحابه إن قدموا، ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا.

فإن سلموا إلا واحدًا؛ قيل له: خذ الجميع أو دع، ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدم أصحابه؛ فلهم أن يدخلوا معه كلهم إن أحبوا، فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم.

وإن أخذ بعضهم وأبى البعض؛ لم يكن للآخذ[7] أن يأخذ بقدر حصته فقط، ولكن يساوي الآخذ[8] فيما أخذ قبله أو يدع[9].

---

(1) ما يقابل كلمتا (يبعض على) مطموس في (م).

(2) قوله: (اعلم أن من ابتاع ... الجميع أو ترك) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 414، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 106.

(3) كلمتا (في كله) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(4) كلمة (بشفعته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل عبارة (لجواز أن يؤخذ منه) مطموس في (م).

(6) في (ز): (لهم).

(7) عبارة (لم يكن للآخذ) يقابلها في (ز): (ثم للآخر) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(8) في (ز): (الآخر).

(9) قوله: (فإن سلم؛ فلا أخذ له ... أو يدع) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 106.

قال ابن يونس: يريد: إن اتفق حظَّاهما، وإما إن اختلف[1]؛ كان للآخذ أن يأخذ الجميع هو والذي أخذ قبله، فيقتسمانه على قدر حصتيهما.

قال أشهب في "المجموعة": وله أن يكتب [م: 301/ ب] عهدته عليك، وإن شاء على المبتاع أنت وهو وخرقت كتابك الأول.

قال عبد الملك: فإن قال الشفيع: أنا أسلم الجميع إليك؛ فليس له ذلك إلا برضا القادم، فإن رضيا بذلك ثم جاء ثالث؛ فإن [كان][2] ما أطاع به الأول للثاني فوق ما يلزمه؛ بيع فأخذه[3] الثالث من الثاني بالشفعة؛ إلَّا أن يشركه الثاني فيه بقدر حقِّه[4] مما يصيبه في ذلك من الشفعة.

قال سحنون: إذا حضر أحدهم فأخذ[5] الجميع، ثم باعه[6] من أجنبي، ثم قدم شفيع ثان؛ فله أن يأخذ نصف هذا الشقص من المشتري الأول بنصف الثمن، ويأخذ النصف الآخر من المشتري من الشفيع بنصف الثمن الذي اشترى به هذا الثاني[7].

[في انقطاع شفعة الغائب]

(ولا تنقطع شفعة الغائب بطول غيبته)[8].

اعلم أن شفعة الغائب لا تنقطع وإن طالت غيبته وعلم بالشراء، وإن لم يعلم؛ فهو

---

(1) كلمة (اختلف) يقابلها في (ز): (اختلفت، فكان لأحدهما أكثر من الآخر) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ز): (يأخذ).

(4) في (ز): (حصته).

(5) في (ز): (أخذ).

(6) ما يقابل كلمتا (ثم باعه) مطموس في (م).

(7) قوله: (قال أشهب في "المجموعة": وله أن يكتب ... هذا الثاني) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 154 و155.

و انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 421 و422.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 301 و(العلمية): 2/ 343.

أحرى[1].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأن الشفعة حقٌّ من الحقوق، فإذا وجب له؛ لم ينقطع عنه حتى يتركها بالقول، أو بفعل[2] يدل على تركها، كما [ز: **811**/ ب] ذكرنا ذلك في شفعة الحاضر.

والغائب أعذر في أخذه الشفعة بعد طول الزمان من الحاضر؛ لأنَّه على الأصل أنه[3] لم يعلم بالشفعة أو لم يتركها بعد العلم، فمتى ادَّعى عليه المشتري ذلك؛ حلف الشفيع أنه لم يتركها بعد العلم، وذلك في الغائب إذا قدم والحاضر سواء.

وروى أشهب أن النبيَّ ﷺ قال: «**يَنْتَظِرُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا**»[4]، ولأنه معذورٌ بترك المطالبة؛ لأنه لا يمكنه المطالبة مع الغيبة[5].

قال مالك: إلَّا أن يأتيَ من طول الزمان مما[6] يُجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود، فأرى الشفعة منقطعة.

وأمَّا في قُرْبِ الأمد مما يُرى أن المبتاع أَخْفَى الثمن ليقطع الشفعة؛ فلتقوَّم الأرض على ما يُرى من ثمنها يوم البيع فيؤخذ به[7].

---

(1) قوله: (اعلم أن شفعة ... فهو أحرى) بنحوه في المنتقى، للباجي: **8/ 195**.

(2) عبارة (يتركها بالقول أو بفعل) يقابلها في (ز): (يتركه بقول أو فعل).

(3) في (ز): (إن).

(4) صحيح، رواه أبو داود: **3/ 286**، في باب الشفعة، من أبواب الإجارة، برقم (**3518**).

والترمذي: **3/ 643**، في باب ما جاء في الشفعة للغائب، من كتاب أبواب الأحكام، برقم (**1369**).

والبيهقي في سننه الكبرى: **6/ 175**، برقم (**11582**) جميعهم عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(5) قوله: (ولأنه معذورٌ بترك ... مع الغيبة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 233**.

(6) في (ز) و(م): (ما) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 187**.

و من قوله: (وروى أشهب أن) إلى قوله: (البيع فيأخذها به) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 410**.

[في الحاضر يؤخِّر الأخذ بالشفعة مع علمه بوجوبها له]

(وإذا أخَّر الحاضرُ الأخذ بالشفعة مع علمه بوجوب الشفعة له؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنه إذا مضت له[1] سنة انقطعت شفعته.

والأخرى أنه لا تنقطع شفعته أبدًا، حاضرًا كان أو غائبًا؛ إلَّا أن يسقطها، أو يظهر منه ما يدلُّ على إسقاطها)[2].

اختُلف في المدة التي تنقطع الشفعة بمُضِيِّها فقال مالك مرة: الشفيع على شفعته حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ما يُعلم أنه تارك لشفعته، والسَّنة قريبة[3].

وقال في كتاب ابن المواز: إذا مضت سنة ولم يشفع؛ فلا شفعة له بعد ذلك، ويحلف في سبعة أشهر أو خمسة، ولا يحلف في[4] شهرين[5].

فوجه قوله: (إن للحاضر سنة)[6] هو أنه لمَّا ثبت صحة الأخذ بالشفعة، وأنها ليست على الفور؛ لأنَّ في إيجاب المطالبة بها على الفور ضررًا على الشفيع؛ لأنه قد يعلم، ولا يحصل له الثمن ولا يتفق له بيع ما يحصل من جهته[7] الثمن.

فلو قلنا: إنها على الفور؛ لأدَّى[8] ذلك إلى تفويت حقه، فلا بدَّ من مُهلةٍ يتصرف فيها

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 301 و(العلمية): 2/ 345.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 102.

(4) ما يقابل عبارة (ولا يحلف في) مطموس في (م).

(5) قوله: (وقال في كتاب ابن المواز: إذا مضت سنة ... في شهرين) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 186.

(6) جملة (قوله إن للحاضر سنة) يقابلها في (ز): (القول بتحديد السنة في قطع شفعة الحاضر).

(7) جملة (بيع ما يحصل من جهته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) عبارة (فلو قلنا: إنها على الفور؛ لأدَّى) يقابلها في (م): (فيؤدي).

ليحصل له المال، فجعلت[1] له السنة؛ لأنها جعلت في الشرع حدًّا لأحكام كثيرة، منها العنة والعهدة والزكاة وطول إقامة البكر عند الزوج سنة في سقوط إجبار الأب عنها، فكذلك الشفعة.

ووجه الرواية الثانية هو[2] قوله ﷺ: «**الشَّرِيكُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ**»[3]، ولم يعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال، فلم يبطل بترك المطالبة، كأرش الجنايات[4].

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ الشفعة حقٌّ [م: **302**/ أ] للشفيع، فهي واجبة له[5] حتى يعلم أنه قد تركها، وذلك[6] بمنزلة الخيار للأمة إذا عتقت تحت العبد أن لها أن تختار[7] نفسها أبدًا ما لم يعلم تركها للخيار[8]، وذلك بأن تختار زوجها، أو يطأها بعد علمها بعتقها وهي طائعة.

وكذلك المشتري للسلعة المعيبة؛ له ردها؛ إلَّا أن يرضى بالعيب، أو يستخدم [ز: **812**/ أ] العبد أو الأمة، أو يستعمل ما[9] اشتراه وبه عيبٌ بعد أن يعلم بالعيب؛ فليس له الرد؛ لأنَّ استعماله أو استخدامه[10] إياه بعد علمه بالعيب[11] دليلٌ على رضاه به.

---

(1) ما يقابل كلمة (فجعلت) مطموس في (م).

(2) ضمير الغائب (هو) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

(3) رواه الدراقطني في سننه: **5/ 400**، برقم (**4529**)، عن الشريك بن سويد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(4) قوله: (فوجه قوله: (إن للحاضر سنة ... كأرش الجنايات) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 233**.

و من قوله: (اختلف في المدة التي) إلى قوله: (بترك المطالبة، كأرش الجنايات) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 406** وما بعدها.

(5) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل كلمة (وذلك) مطموس في (م).

(7) كلمتا (أن تختار) يقابلهما في (ز): (الخيار في).

(8) عبارة (يعلم تركها للخيار) يقابلها في (ز): (تعلم أن لها الخيار).

(9) ما يقابل كلمتا (يستعمل ما) مطموس في (م).

(10) كلمتا (أو استخدامه) يقابلهما في (ز): (واستخدامه).

(11) كلمة (بالعيب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وقبل أن يعلم رضاه بقوله أو دلالة الحال؛ فله الرد[1] بالعيب.

وكذلك الشفيع؛ له الأخذ بالشفعة قبل أن يعلم ترك شفعته بالقول أو دلالة[2] الحال، وليس في ذلك حدٌّ محدود، وهذا القول أقيس؛ لما ذكرناه من شهادة الأصول له.

وللمشتري أن يستحلفه ما ترك الشفعة بعد عِلْمه بها إذا كان قد أتى من الزمان ما يجوز أن يكون ذلك تركًا لشفعته؛ لجواز أن يكون قد تركها؛ فعليه أن[3] يحلفه[4] أنه لم يتركها، وأنه كان[5] معتقدًا لأخذها.

وأما قوله: (إلَّا أن يسقطها أو يظهر منه ما يدل على إسقاطها) فاعلم أن الذي تَسْقُط به[6] الشفعة ستة أشياء:

أحدها: أن يسقطها بالقول، فيقول: تركتُ الشفعة، أو أسقطتُ حقي من الشفعة.

والثاني: أن يقاسم ما فيه الشفعة؛ فتسقط.

والثالث: أن يمضي من طول الزمان ما يُرَى أنه تاركٌ لها.

والرابع: ما يُحدثه المشتري من هدمٍ أو بناء.

والخامس: خروجه من يده بالبيع والهبة والصدقة [والرهن][7].

والسادس: ما يكون من الشفيع من مساقاة وكراء[8] ومساومة[9].

---

(1) جملة (وقبل أن يعلم رضاه بقوله، أو دلالة الحال؛ فله الرد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) كلمتا (أو دلالة) يقابلهما في (ز): (ودلالة).

(3) ما يقابل عبارة (قد تركها، فعليه أن) مطموس في (م).

(4) في (ز): (يحلف).

(5) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) كلمتا (تَسْقُط به) يقابلهما في (ز): (يُسقط).

(7) كلمة (والرهن) زائدة من تبصرة اللخمي.

(8) كلمة (وكراء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) من قوله: (فاعلم أن الذي يسقط) إلى قوله: (مساقاة وكراء ومساومة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3326.

[فيمن وهب شفعته قبل وجوبها]

(ومن وهب شفعته قبل وجوبها؛ لم تصح هبته ولم تسقط شفعته)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنه وَهَب ما لم يجب له بعد، وله القيام بالشفعة بعد الشراء.

قال أشهب وعبد الملك: وهو كمن أذن له ورثته أن يوصي بأكثر من الثلث[2] في صحته؛ فلا يلزمهم ذلك[3].

قال الأبهري: وكترك ولي الإنسان القود لمن يقتل وليه قبل أن يقتله، وكترك المقذوف حد[4] القذف قبل أن يقذفه.

قال مالك: وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء؛ جاز ذلك، ولا قيام له.

ولو قال للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد سلَّمتُ لك الشفعة، وأشهد بذلك؛ فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم[5] يجب له بعد[6].

قال اللخمي: ويجري فيها قول آخر[7] ألَّا شفعة له قياسًا على من قال: إن اشتريت عبد فلان فهو حر؛ لأنَّه أوجب العتق قبل الملك، وقد قالوا فيمن جعل لزوجته الخيار إن تزوج عليها فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج عليها: إن ذلك لازم.

قال: فهو في الشفعة أبين؛ لأنَّه أدخل المشتري في الشراء لمكان الترك، ولولا ذلك لم يشتر[8].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 301 و(العلمية): 2/ 345.

(2) في (م): (ثلثه).

(3) قوله: (قال أشهب وعبد الملك ... يلزمهم ذلك) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 190.

(4) في (ز): (حق).

(5) كلمة (لم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 107.

(7) ما يقابل عبارة (ويجري فيها قول آخر) مطموس في (م).

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3358.

[فيما يسقط الشفعة وما لا يسقطها]

(وشهادته في البيع لا تسقط شفعته، ومساومته للمشتري بعد البيع تسقط شفعته في الشراء والكراء)[1].

وإنما قال: (**إن شهادته في البيع لا تسقط شفعته**)؛ لأنها إثباتٌ لحقه وتحقيقٌ لطلبه.

قال الأبهري رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنَّ الشفعة إنما تجب بثبوت البيع، [ز: **812**/ ب] فإذا ثبت البيع بالشهادة أو إقرار البائع؛ كان للشفيع الأخذ بالشفعة؛ لأنها شهادة ليست تدل على تركه[2] الشفعة، وإنما تدل على إثبات الشراء للمشتري الذي تجب الشفعة بعده.

واختُلِفَ في المساومة فقال ابن القاسم: إذا ساومه أو أكرى منه؛ [م: **302**/ ب] فذلك قطعٌ لشفعته.

وقال أشهب: هو على شفعته.

قال: لأنه يقول: إنما ساومته لأروزه[3]، فإن أعطانيه بأقل، وإلا أخذته بشفعتي، وكما لو فعل ذلك غيري بمحضري، فلم أنكره[4].

ووجه المشهور من المذهب هو أن إقدامه على المساومة دليلٌ على[5] أنه أراد بقاء ملكه عليه؛ لأنَّ الأخذ بالشراء إنما يكون اختيارًا من البائع، فعدوله عن الأخذ بالشفعة حينئذٍ[6] إلى الأخذ بطريق الاختيار، دليل على أنه أَسْقط[7] حقه من الشفعة، واعتذاره

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 302 و(العلمية): 2/ 345.

(2) في (م): (ترك).

(3) الجوهري: أَرَزَ فلان يَارِزُ أَرْزاً وأُرُوزا، إذا تضام، وتقبض من بخله. اهـ. من الصحاح: 3/ 863.

(4) قوله: (واختلف في المساومة ... فلم أنكره) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 411 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3330.

(5) كلمتا (دليلٌ على) يقابلهما في (ز): (هو).

(6) ما يقابل كلمة (حينئذٍ) غير قطعيِّ القراءة في (م).

(7) في (ز): (يسقط).

بأني (إنما قصدت أن أروزه، فإن أعطانيه بأقل وإلا أخذت بشفعتي) دعوى منه يريد بها قطع حق هذا من الشقص؛ فلا تقبل دعواه.

[فيمن اشترى سهمًا فيه الشفعة بعرض أو حيوان، أو بشيء من المكيلات أو الموزونات]

(ومن اشترى سهمًا فيه الشفعة بعرض أو حيوان؛ فللشفيع أخذه بقيمة العرض أو الحيوان[1]، وإن اشتراه بشيء من المكيلات أو الموزونات؛ فللشفيع أخذه بمثله)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي عاوض به المشتري، فإن كان مما له مثل؛ كان للشفيع أن يعطى مثله، وإن لم يكن له مثل؛ كان على الشفيع أن يعطى قيمته؛ لأنَّ القيمة تقوم مقام المثل عند تعذر المثل[3]؛ ألا ترى أن متلفًا لو أتلفه لكان عليه قيمته دون أن يأتيَ بمثله؛ لأنَّ ذلك لا يمكن، ولو كان ذلك مما[4] يكال أو يوزن؛ لكان عليه مثله إذا أتلفه.

وكذلك إذا اشترى به شقصًا؛ فللشفيع أن يأخذ[5] بمثله كيلًا أو وزنًا؛ لأن ما يكال يجري مجرى الثمن الذي يوجد مثله عينًا دون بدله، والله أعلم.

قال أشهب: وإذا اشتراه بعرض موصوف؛ فللشفيع أخذه بقيمة العرض إلى أجله على مثل من[6] هو عليه في يسره وعدمه واستقامته ولدده، ولا يجوز أن يأخذه قبل

(1) كلمتا (أو الحيوان) يقابلهما في (ز): (والحيوان).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 302 و(العلمية): 2/ 345.

(3) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الشفيع إنما ... المثل) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 234.

(4) في (ز): (فيما).

(5) كلمتا (أن يأخذ) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(6) في (ز): (ما).

معرفتهما بقيمته[1].

قال ابن المواز: وهذا غلطٌ، ولا يأخذه إلا بمثل العرض إلى أجله، وإنما تُؤْخذ القيمة نَقْدًا في شرائه [بعرض][2] بعينه؛ لأنَّه إذا استحق العرض المعين قبل قيام الشفيع؛ انتقض البيع، وفي استحقاق الموصوف لا يُنْتقض البيع، والشفعة قائمة[3].

قال الباجي: ووجه قول أشهب لأنه[4] لا يجب تسليم مثلها؛ لأنها مما لا مثل[5] لها، وإنما يجب فيها القيمة كالمعين منها، وأما المكيل والموزون؛ فإن كان معجلًا؛ فعليه مثل الثمن حالًّا.

قال الباجي: وليس هذا من بيع ما ليس عندك في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين[6].

[ز: 813/ أ] وإن كان مؤجلًا؛ فللشفيع أن يأخذه بمثله إلى ذلك[7] الأجل؛ لأنَّ الشفيع يحب أن ينتفع بتأخير الثمن كما انتفع به[8] المشتري.

قال[9] مالك: ومن ابتاع شقصًا بثمنٍ إلى أجل؛ فللشفيع أن يأخذَه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان مليئًا، أو أتى بضامن مليء ثقة[10].

قال ابن القاسم: وإن قال البائع للمبتاع: أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى

---

(1) كلمة (بقيمته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في نوادر ابن أبي زيد.

(2) كلمة (بعرض) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(3) من قوله: (قال أشهب: وإذا اشتراه) إلى قوله: (ينتقض البيع، والشفعة قائمة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 163** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 418** و**419**.

(4) كلمة (لأنه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) في (ز): (قيمة).

(6) المنتقى، للباجي: **8/ 187** و**188**.

(7) ما يقابل عبارة (بمثله إلى ذلك) مطموس في (م).

(8) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) كلمة (قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) كلمتا (مليء ثقة) يقابلهما في (م): (ثقة مليء) بتقديم وتأخير.

الأجل؛ لم يجز؛ لأنَّه فسخ ما لم يحل من دَيْنِه في دينٍ على رجل آخر[1].

[في عهدة الشفيع]

(وعهدة الشفيع على المشتري، ودركه في الاستحقاق لازمٌ له دون البائع، وسواء أخذ بالشفعة قبل القبض أو بعده)[2].

اختُلف في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع؟

فقال مالك: عهدة الشفيع على المشتري ودركه في الاستحقاق لازمٌ للمشتري، وإليه يَدْفع الثمن وعليه يرجع به، وسواء أخذ بالشفعة قبل قبض الشقص أو بعده[3].

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هي على من يؤخذ[4] منه الشقص؛ بائعًا كان أو مشتريًا.

ودليلنا هو أن الشفعة [م: 303/ أ] تؤخذ من المشتري دون البائع؛ لأنَّ البيعَ انتقال ملك المشتري[5] بنفس العقد، ومنه تلافه قبل القبض وبعده، فإذا حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري؛ فقد صحَّ أخذه من المشتري بعد تقرّر ملكه عليه؛ فيجب أن تكون العهدة عليه[6].

قال الأبهري: ولأنَّ الشفيع في الحقيقة مشتري من المشتري الذي يأخذ الشفعة منه؛ لأنها إنما تجب له بعد ملك المشتري لما اشتراه[7]، فعهدته عليه، وسواء أخذ الشقص من يد المشتري أو البائع؛ لأنَّ المشتري قد ملك ما اشتراه وإن[8] كان في يد البائع؛ فلهذا وجب أن تكون عهدة الشفيع على المشتري.

---

(1) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 406، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 104.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 302 و(العلمية): 2/ 345.

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 434، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 103 و104.

(4) في (ز): (توجه) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) عبارة (دون البائع؛ لأن البيع انتقال ملك المشتري) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وهي في معونة عبد الوهاب.

(6) قوله: (وقال أبو حنيفة ... تكون العهدة عليه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 234.

(7) في (ز): (اشترى).

(8) في (ز): (إن).

[فيمن ادَّعى بيع سهم فيه الشفعة على رجل، فأنكر المشتري ذلك]

(ومن ادَّعى بيع سهم فيه الشفعة على رجل[1]، فأنكر ذلك المشتري وحلف عليه وبرئ[2]؛ فليس للشفيع فيه شفعة، وإن كان ربُّه مُقِرًّا ببيعه)[3].

اعلم أن من ادَّعى بيع سهم فيه الشفعة على رجل فأنكر المشتري ذلك؛ كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه، فإن حلف؛ برئ، ولا شفعة للشفيع وإن[4] كان البائع مقرًا بالبيع؛ لأنه[5] إقرار على الغير؛ إذ العهدة على المشتري، فإن لم يثبت للمشتري شراء؛ فلا شفعة للشفيع.

وإن كان المدَّعى عليه غائبًا بعيد الغيبة؛ فللشفيع الشفعة؛ لأن البائع يقر أنه أولى به منه، فإن قدم الغائب وأقر بالشراء؛ كانت[6] العهدة عليه[7]، وإن أنكر؛ حلف ورجع الشقص[8] على البائع.

قال ابن المواز: وأحب إليَّ ألَّا يرجع الشقص على البائع إذا أنكر المشتري الغائب الشراء؛ لأن البائع مقر أن الشفيع أحق بذلك الثمن، وتُكْتَب عهدة الثمن على البائع[9].

---

(1) كلمتا (على رجل) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(2) كلمة (وبرئ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) في (ز): (بذلك).

والتفريع (الغرب): 2/ 302 و(العلمية): 2/ 345.

(4) في (ز): (إن).

(5) في (م): (لأنَّ).

(6) في (ز) و(م): (كتب) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (ز): (بالشقص).

(9) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 198.

من قوله: (اعلم أن من ادَّعى) إلى قوله: (الثمن على البائع) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3342.

[فيمن باع سهمًا ثم استقال المشتري منه]

(ومن باع سهمًا، ثم استقال المشتري منه؛ فللشفيع أخذه بالشفعة، [ز: 813/ ب] ولا تُسْقِط الإقالة شفعته.

وقد اختَلَف قوله على من عهدته بعد الإقالة، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما أن عهدته على المشتري والإقالة باطلة.

والرواية الأخرى أنه بالخيار إن شاء كتب عهدته على البائع، وإن شاء كتبها على المبتاع)[1].

اعلم أن من باع سهمًا ثم استقال المشتري منه؛ فللمبتاع أخذه بالشفعة، ولا تسقط الإقالة شفعته[2]؛ لأنَّ بمجرد العقد ثبت حقه على المشتري في الشفعة، فالإقالة بعد ذلك لا تؤثر فيه؛ لأنه حق ثبت له فلا يَمْلك أحدٌ إسقاطه غيره[3].

إذا ثبت هذا؛ فله الأخذ بالشفعة، وليس له أخذها بعهدة الإقالة؛ لأن الإقالة عند مالك بيعٌ حادث في كل شيء إلَّا في هذا، فإنها حل عقد.

قال ابن المواز: ولأنه ينزل أمره أنه هرب من العهدة؛ فلذلك تثبت عليه[4].

قال الأبهري: معنى هذه المسألة إذا قصد بالإقالة قطع الشفعة فليس ذلك له، والإقالة باطلة، وللشفيع أخذ الشقص بالشفعة من المشتري، وتكون عهدته عليه.

فأمَّا إذا كانت الإقالة صحيحة لم يرد أنها قطع للشفعة؛ فهي جائزة؛ لأنها بيع مستأنف، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة إن شاء بالصفقة الأولى، فتكون[5] عهدته على

---

(1) جملة (وقد اختلف قوله على من عهدته بعد الإقالة ... على المبتاع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.
التفريع (الغرب): 2/ 302 و303 و(العلمية): 2/ 346.

(2) جملة (شرح: اعلم أن من باع سهمًا ... الإقالة شفعته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (لأنَّ بمجرد العقد ... إسقاط غيره) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 7/ 355.

(4) قوله: (إذا ثبت هذا... تكتب عليه) بنحوه في جامع ابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 431.

(5) كلمة (فتكون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

المشتري الأول[1]، وإن شاء أخذها من البائع وتكون عهدته عليه؛ لأنه صار مشتريًا شراء مستأنفًا[2].

فهذا وجه المسألة عندي، وكذلك قال لي غير واحدٍ من شيوخنا، فإن سلم الشفيع شفعته؛ [م: **303**/ ب] صحت الإقالة.

قال ابن الجلَّاب: (وقد اختلف قوله على من عهدته بعد الإقالة، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما[3]: أن عهدته على المشتري والإقالة باطلة)؛ لأنَّ المشتري لمَّا اشترى، فقد تعلَّق للشفيع حق الأخذ، فإذا تقايلا؛ كان في ذلك إبطالًا لحق الشفيع؛ فلذلك كانت الإقالة باطلة، وكانت العهدة على المشتري.

وقال مالك مرة: هو بالخيار، إن شاء كتبها على البائع أو[4] على المشتري[5]، وهذا بناءً على أن الإقالة بيع ثان، وإذا كانت بيعًا ثانيًا؛ كان الشفيع بالخيار إن شاء شفع بالبيع الأول، وإن شاء شفع بالثاني[6].

[في بيع السهم الذي فيه الشفعة مرارًا قبل أخذ الشفيع له]

(وإذا بيع السهم الذي فيه الشفعة مرارًا قبل أخذ الشفيع له؛ فله أن يأخذه بأي الصفقات شاء.

فإن أخذه[7] بالصفقة الأخيرة[8]؛ صحَّت الصفقة التي قبلها.

---

(1) كلمة (الأول) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه القرافي في ذخيرته: **7/ 355**.

(3) ما يقابل عبارة (بعد الإقالة، فعنه في ذلك روايتان: إحداهما) مطموس في (م).

(4) عبارة (كتبها على البائع أو) يقابلها في (ز): (كتب عهدته).

(5) قوله: (وقال مالك مرة: هو بالخيار ... على المشتري) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 234**.

(6) قوله: (وقال مالك مرة... وإن شاء شفع بالثاني) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: **3/ 68**.

(7) في (ز): (أخذ).

(8) في (م): (الآخرة).

وإن أخذه بالصفقة الأولى؛ بطلت الصفقات التي بعدها؛ اتفقت الأثمان أو اختلفت، والاختيار إليه في العهدة والثمن.
وإن أخذ بصفقة وسطى؛ صحَّ ما قبلها وبطل ما بعدها)[1].

اعلم أنه إذا بيع الشقص مرارًا قبل أخذ الشفيع، فلا يخلو الشفيع:

إما أن يكون حاضرًا عالمـًا، أو حاضرًا غير عالم، أو غائبًا، فإن كان حاضرًا عالمـًا ولم يقم حتى يرد البيع؛ سقطت شفعته في البياعات كلها؛ إلا من آخر بيع[2].

وإن كان حاضرًا غير عالم أو غائبًا؛ كان بالخيار في أخذه بأيِّ الصفقات شاء، فإن أَخَذ الأولى؛ فسخ[3] ما بعدها من البياعات، ويرجع كل مشتري على بائعه بالثمن، وإن أخذ بالآخرة؛ ثبت جميعها، وإن أخذ بالوسطى؛ صحَّ ما قبلها وبطل ما بعدها اتفقت الأثمان أو اختلفت[4].

قال الأبهري: [ز: 814/ أ] لأن الشفيع له الشفعة في كل صفقة؛ فله أن يأخذ الشفعة بأي صفقة شاء.

قال مالك: ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات؛ فللشفيع أن يأخذ ذلك، أو يأخذ بأي صفقة شاء، فإن أخذ بالأولى؛ لم يكن للمشتري الأول شفعة فيما بعد، وإن أخذ بالصفقة الثانية وتَرَك الأولى؛ كان المشتري الأول شفيعًا في الثانية وما بعدها بقدرِ حصته مما اشتراه، وإن أخذ بالصفقة الثالثة استشفع فيها بالأولى والثانية[5].

قال الأبهري: وهذا إذا كانت الصفقات متفرقة، فأمَّا إذا كانت الصفقة واحدة؛ فليس للشفيع أن يأخذ بعضًا ويدع بعضًا؛ لأن في ذلك تفريق صفقة المشتري، وفيه ضررٌ عليه؛ إلا

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 303 و(العلمية): 2/ 347.

(2) قوله: (اعلم أنه إذا بيع الشقص مرارًا ... آخر بيع) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 7/ 353.

(3) في (م): (انفسخ).

(4) قوله: (وإن كان حاضرًا غير عالم أو غائبًا ... أو اختلفت) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 859.

(5) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 407، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 105.

أن يشاء المشتري[1]؛ فيكون للشفيع أخذ ما أراد وترك ما أراد مما يتفقان عليه.

قال أشهب: وإذا تبايع الشقص ثلاثة[2] فأخذه من الأول؛ كتب عهدته عليه ودَفَعَ[3] من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به؛ لأنه يقول: لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت، ويدفع فضلًا إن كان للأول.

فإن فضل للثالث مما اشترى به شيءٌ؛ رجع به على الثاني، وليس للثالث حبسه حتى يدفع إليه بقية ثمنه، ثم يرجع الثاني على الأول بتمام ما اشترى به الشقص منه.

وإن أخذه من الثاني؛ فعهدته عليه، ويثبت بيع الأول، ويدفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به[4] ويدفع فضلًا إن كان إلى الثاني، وإن فضل للثالث مما اشترى به الشقص شيءٌ[5]؛ رجع به على الثاني، ولا تراجع بين[6] الثاني والأول لتمام بيعهما، وإن أخذه من الثالث؛ كتب عهدته عليه، وتمَّ ما قبل ذلك من البيوع[7].

[مطل الشفيع]

(وإذا أراد الشفيع[8] [م: 304/ أ] الأخذ بالشفعة، واستنظر المشتري بجميع[9] المال؛ أُجِّلَ ثلاثة أيام، فإن جاء بالمال وإلَّا قُضِي عليه ببطلان الشفعة)[10].

اختُلِفَ في الشفيع يسأل المشتري يؤخره؛ لينظر ويستشير هل يمكَّن من ذلك؟

---

(1) عبارة (وفيه ضررٌ عليه، إلا أن يشاء المشتري) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (بمائة).

(3) في (ز): (دفع).

(4) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (شيءٌ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) عبارة (ولا تراجع بين) يقابلها في (ز): (وإلا رجع من).

(7) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 159** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 431**.

(8) في (م): (المشتري).

(9) كلمة (بجميع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) التفريع (الغرب): **2/ 303** و(العلمية): **2/ 347**.

فقال مالك: لا يمكَّن من ذلك، ويجبره السلطان على الأخذ أو الترك.

وقال في مختصر ابن عبد الحكم: يؤخره اليومين والثلاثة؛ لينظر ويستشير[1].

قال مالك: وهو الذي رأيت القضاة عندنا يأخذون به[2].

قال الأبهري: وإنما قال: (يؤجل الشفيع ثلاثة أيام)؛ ليطلب المال ويجمعه؛ لأنَّ في تكليفه وزن المال في حال المطالبة ضررًا عليه؛ لأنه ربما احتاج إلى جمعه، وإذا لزم وزنه في الحال؛ كان ضررًا عليه[3]، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[4].

وقد أخر من لزمه حق ثلاثة أيام، من ذلك المرتد يؤخَّر ثلاثًا؛ ليستتاب[5] فيها، فإن تاب وإلَّا قتل، ومن ذلك المصراة جعل لمشتريها[6] فيها الخيار ثلاثًا في الرد والإمساك؛ فكذلك ما نحن فيه، وهو ضرب من الاجتهاد؛ لإزالة الضرر عن الشفيع والمشتري؛ لأن المشتري إن تأخر عنه أكثر من هذا أضرَّ به، [ز: **814**/ ب] وكذلك الشفيع إن أُلْزم الثمن في الحال؛ أضرَّ به.

قال ابن المواز: وإنما يؤخَّر هذا إذا أخذ بشفعته[7]، وأما إذا أوقفه[8] الإمام ليأخذ شفعته فقال: أخروني اليومين والثلاثة لأنظر في ذلك؛ فليس له ذلك، وقيل له: تأخذ بشفعتك الآن في مقامك، وإلَّا فلا شفعة لك[9].

واختُلِفَ إذا كان الثمن مؤجلًا؛ فقيل: هو كالأول.

---

(1) المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 632.

وقوله: (اختلف في الشفيع ... لينظر ويستشير) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3355.

(2) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 412.

(3) جملة (لأنه ربما احتاج إلى ... ضررًا عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذور: 414/5.

(5) في (ز): (يستتاب).

(6) في (ز): (للمشتري).

(7) كلمتا (أخذ بشفعته) يقابلهما في (ز): (أراد شفعته) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(8) في (ز): (وقفه).

(9) قول ابن المواز بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 433.

وقيل: إذا أخذ بالشفعة وسأل الصبر ليأتي بالثمن؛ فذلك له[1].

(وللمشتري أن يرفع الشفيع[2] إلى الحاكم فيأمره بالأخذ أو الترك، فإن أبى الأخذ أو الترك[3]؛ حكم عليه الحاكم بسقوط الشفعة)[4].

وإنما قال: **(للمشتري إيقاف الشفيع عند الحاكم ليأخذ أو يترك)**؛ ليتمكَّن مما يريده من البناء والهدم والغرس، وغير ذلك من أنواع التصرفات التي يتصرفها المُلَّاك في أملاكهم[5].

قال الأبهري: لأن المشتري يحتاج إلى التصرف فيما اشتراه في هدمٍ أو بناءٍ[6] وأشباه ذلك، فمتى أوقف عن فعلِ هذا لأخذ الشفيع بالشفعة أضرَّ به ذلك إذا طال عليه، أو ينفق ما[7] لا حاجة به إلى نفقته، ثم يأخذ الشفيع ذلك منه.

ومتى لم يرفع ذلك إلى الحاكم ثم بنى وتصرف؛ كان للشفيع الشفعة على ما بيناه، إلَّا أن يأتي من الزمان ما يعلم أنه تارك لها، والله أعلم[8].



(1) قوله: (واختلف إذا كان ... فذلك له) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3355.

(2) عبارة (وللمشتري أن يرفع الشفيع) يقابلها في (ز): (وللشفيع أن يرفع المشتري) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) كلمتا (أو الترك) يقابلهما في (ز): (والترك).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 303 و(العلمية): 2/ 347.

(5) قوله: (وإنما قال: للمشتري ... في أملاكهم) بنحوه في المنتقى، للباجي: 8/ 223.

(6) العاطف والمعطوف (أو بناء) يقابلهما في (ز): (وبناء).

(7) كلمتا (ينفق ما) يقابلهما في (ز): (ينفق إلى ما).

(8) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والذي يقدر بنحو لوحة واحدة.

بابُ القضاء في الوكالة

(والوكالة جائزة على البيع والابتياع والخصومة[1] والقضاء والاقتضاء وغير ذلك)[2].

أما الوكالة على البيع والابتياع؛ فهي جائزة، ويدل على جوازها قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ الآية [الكهف: **19**].

ومما يدل على ذلك -أيضًا- ما رُوي عن النبي ﷺ «**أنه أمر رجلًا أن يشتري له أضحية بدينار، فاشترى له شاتين بدينار، فباع واحدة بدينار، وأتاه بشاة ودينار، فدعا له النبي ﷺ بالبركة**»[3].

وقد أجمعت الأمة على جوزاها.

وأما الخصومة؛ فقد أجمعت الأمة على جواز الإيصاء، ومعلومٌ أن الوصي يبيع لليتيم ويشتري له ويحاكم عنه ويخاصم، وقد رُوي عن علي رضي الله عنه أنه وكَّل عقيلًا وقال: "هذا عقيل، ما قضى عليه فعليَّ، وما قضى له فلي"[4].

وأما القضاء والاقتضاء؛ فيدل على جواز التوكيل عليهما جواز الإيصاء، ومعلوم أن الوصيَّ يقتضي الحقوق التي للصبي، ويقضي الحقوق التي عليه.

(والوكيل مؤتمن لا يضمن إلَّا أن يتعدَّى، ويُصَدَّق في ردِّ السلعة أو ثمنها إلى الآمر)[5].

وإنما كان الوكيل مؤتمنًا؛ لأنَّ الآمر قد أقامه فيما سلمه له مقام نفسه، ورضي في

---

(1) كلمتا (والابتياع، والخصومة) يقابلهما في (ز): (والابتياع، والشراء، والخصومة).

(2) التفريع (الغرب): 2/ **315** و**316** و(العلمية): 2/ **371**.

(3) ضعيف، رواه الترمذي: 3/ **550**، في باب من أبواب البيوع، برقم (**1257**).

وابن أبي شيبة في مصنفه: 7/ **303**، برقم (**36294**).

والطبراني في الكبير: 3/ **205**، برقم (**3133**) جميعهم بألفاظ متقاربة عن حكيم بن حزام رضي الله عنه.

(4) الأثر ذكره عبد الوهاب في المعونة: 2/ **205**.

(5) التفريع (الغرب): 2/ **316** و(العلمية): 2/ **371**.

ذلك بقوله، فمن هذه الجهة كان مؤتمنًا؛ لأنه إذا رَضِيَ غيبته [ز: **815**/ أ] فيما سلَّمه إليه فقد رضي أمانته، وكذلك إذا وكله في أن يحاكم عنه، فقد رضي إقراره وإنكاره.

وإنما صدق في رد السلعة أو في ثمنها إلى الآمر؛ لأنه ردَّ المال إلى من ائتمنه عليه، ومن أمر الله الأوصياء بالإشهاد في الدفع إلى غير اليد التي أعطتهم وهم الأيتام، ولم يأمره بالإشهاد في الرد إلى اليد التي أعطته؛ لقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ الآية [البقرة: **287**]، ولأنه لم يتعلق بذمته شيء، وإنما هو أمين محض كالمودع؛ ألا ترى أنه لو قال: تلفت السلعة أو الثمن؛ لم يلزمه شيء.

قال مالك: ومن أبضع مع رجل في شراء سلعة فلما قدم طولب بها، فقال: قد رددت إليك بضاعتك قبل أن أخرج؛ فهو مصدق إلا أن يكون قبضها ببينة؛ فلا يبرأ إلَّا ببينة(1).

(1) قول الإمام مالك بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 392.

[في بيع الوكيل دون إشهاد]

(ولو باع الوكيل ولم يُشْهِد على المشتري فجحده؛ فإنه ضامن لتغريره)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه لما سلم إليه السلعة بغير إشهاد عليه، فقد غرر بمآل الأمر وعرضه للتلاف؛ فوجب عليه الضمان.

إذا ثبت هذا، فما الذي يضمن؟ هل قيمة السلعة أو ثمنها؟

اختُلِفَ في ذلك فقال أبو محمد بن أبي زيد: يضمن قيمة السلعة لا الثمن؛ لأنَّ عداءه إنما وقع في تسليم سلعة بغير إشهاد؛ إذ ليس عليه أن يشهد؛ إلَّا عند البيع.

وقال ابن شبلون: يضمن الثمن؛ لأنه هو الذي فرَّط في تحصيله، وإنما يضمن الإنسان ما أتلفه، ولأن الإشهاد على عقد البيع أنفع للآمر[2]؛ إذ قد يخالفه في الثمن أيضًا[3].

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: ولأن من استهلك سلعة بعد قيامها على ثمن فإنه يضمن ذلك الثمن[4].

وقال بعض أصحابنا: يضمن الأقل من الثمن أو القيمة[5].

وكذلك اختلفوا فيمن وكَّل رجلًا يسلم له في طعام، فقال الوكيل: قد فعلت، وأنكر المسلم إليه أن يكون أسلم له شيئًا؛ فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: يضمن رأس المال،

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 316 و(العلمية): 2/ 371.

(2) كلمتا (أنفع للآمر) يقابلهما في (ز): (انقطع الأمر) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) من قوله: (اختلف في ذلك) إلى قوله: (إلَّا عند البيع) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 376.

(4) قوله: (قال أبو بكر بن عبد... يضمن ذلك الثمن) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 3/ 1706.

(5) قوله: (وقال بعض أصحابنا: يضمن الأقل من الثمن أو القيمة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 377.

وقال غيره: يضمن الطعام.

قال أبو محمد: وهذا كله فيما[1] جرت العادة بالإشهاد فيه، وما لم تجر العادة بالإشهاد فيه ليسارته؛ فلا ضمان عليه؛ لأنَّه إنما وكَّله على ما جرت به العادة لا على تكليف غيرها.

قال أبو محمد: **ولا يضمن السمسار الطواف في الأسواق إذا قال**: بعت الثوب من فلان، وأنكر فلان الشراء **ولم تقم بينة على البيع**؛ فالسمسار لا يضمن، وهو مصَدَّق في قوله؛ لأن عُرْف الناس ألا[2] **يشهد السمسار** في حين البيع.

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: **وأكثر ما عليهم اليمين**[3] إن وقعت تهمة، وذكر عن أبي العباس الإبياني أنه قال: هو ضامن حين لم يشهد[4].

فرع:

فلو وكَّل على الشراء فقال مالك في القراض من "المدونة": فإذا دفع العامل ثمن سلعة [ز: **815**/ ب] بغير بينة، فجحده البائع وحبس السلعة؛ فهو ضامن، وكذلك الوكيل على شراء سلعة بعينها أو بغير[5] عينها، فيدفع ثمنها فيجحده البائع؛ فهو ضامن ولرب المال أن يغرمه.

وإن علم رب المال بقبض الثمن بإقراره عنده أو بغير ذلك ثم جحده؛ فلربِّ المال أن يغرم العامل ويطيب له؛ لأنه هو الذي أتلف عليه ماله حين لم يشهد؛ إلَّا أن يدفع ذلك الوكيل بحضرة رب المال، فلا يكون عليه ضمان[6].

---

(1) في (ز): (مما).

(2) في (ز): (لا).

(3) في (ز): (الثمن) وما اخترناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(4) من قوله: (وكذلك اختلفوا فيمن) إلى قوله: (حين لم يشهد) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): **3**/ **1706** و**1707**.

(5) كلمتا (أو بغير) يقابلهما في (ز): (وبغير).

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **3**/ **358** و**359** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **8**/ **297**.

[في توكيل المرأة لزوجها، وفي القوم يوكلون الوكلاء لقبض أموالهم]

(وإذا وكَّلت المرأة زوجها في حقٍّ لها أو بيع أو شراء، ثم ادَّعت أنه لم يعطها شيئًا؛ فليس عليه إلَّا اليمين ويبرأ، وكذلك القوم يوكِّلون الوكلاء في البلدان يقبضون لهم الأموال)(1).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الوكيل مؤتمنٌ على ما يتصرَّف فيه من الأموال، فإذا قال: دفعتُ ذلك لمن وكله؛ فالقول قوله مع يمينه.

قال الأبهري: لأنه قد ائتمنه على ذلك، وإن قال: قد دفعته إلى غيره؛ فلا يقبل قوله إلا ببينة.

قال الأبهري: لأنَّ غيره لم يأتمنه على المال الذي في يده كما ائتمنه موكله.

قال: والأصل في هذا أنَّ كل من كان في يديه مال على جهة الأمانة، فقال: دفعته إلى من ائتمنه؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّ ذلك أمانة في يده، وليس في ذمته شيء، وكل من كان في ذمته شيء فقال: دفعته إلى من له عليه؛ فلا يقبل قوله إلا ببينة.

قال الأبهري: ولا خلاف في هذه الجملة بين أهل العلم.

(وإذا وكله بقبض ماله، فزعم الوكيل أنه أخذه، وليس على الذي عليه الدين بينه بالدفع، والوكيل مقر بالقبض ولم يدفع إلى صاحب الحق شيئًا؛ فليس ينفع إقرار الوكيل إلَّا ببينة، وإلَّا غرم الغريم الحق)(2).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الذي عليه الدين مدَّعٍ لخروجه منه وسقوطه من ذمته؛ فعليه البينة على ذلك على المنكر لدفعه، وهو صاحب الحق؛ لأنَّ البينة على المدَّعي، واليمين على من أنكر.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 316 و(العلمية): 2/ 371.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 316 و(العلمية): 2/ 371 و372.

قال الأبهري: فليس يقبل قول الوكيل على صاحب الحق في قبض ذلك منه؛ لأنَّ الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين الموكل، وليس مؤتمنًا فيما بينه وبين غير الموكل.

قال مطرِّف: وهذا في وكيل مخصوص، فأما المفوض إليه أو الوصي[1]، فهو مصدَّق، ويبرأ من دفع إليهما [إذا صدقاه][2].

وقال ابن القاسم في "العتبية" وغيرها في الوكيل المفوض إليه أو المخصوص أو الزوج يوكَّلون على قبض حق فيدعون أنهم قبضوه ودفعوه إلى من وكَّلهم أنهم مصدَّقون في ذلك كله مع أيمانهم؛ كالمودع يقول: رددت الوديعة وينكر ربها[3].

ابن حبيب: وقاله ابن الماجشون، وابن عبد الحكم[4].

[الاختلاف بين الوكيل وصاحب الحقِّ في القبض]

(ومن باع متاعًا ووكَّل بقبض ثمنه رجلًا، فزعم [الوكيل][5] أنه قبضه ودفعه إلى صاحب الحق؛ فعلى الذي عليه الحق البينة [ز: 816/ أ] **بدفعه إلى الوكيل، وليس على الوكيل إلَّا اليمين بالله لقد دفع)**[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الذي عليه الحق مدعي خروجه منه، ودفعه إلى صاحب الحق أو وكيله؛ فعليه البينة على ذلك، وإلا حلف صاحب الحق أو وكيله أنه لم يدفع ذلك؛ لأنَّ البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والقول قول الوكيل مع يمينه في دفعه إلى صاحب[7] [م: 158/ ب] الحق.

---

(1) في (ز): (الموصي).

(2) كلمتا (إذا صدقاه) ساقطتان من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب وهما في جامع ابن يونس.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 383 و384.

(4) من قوله: (قال مطرِّف: وهذا) إلى قوله: (ابن الماجشون، وابن عبد الحكم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 392.

(5) كلمة (الوكيل) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 316 و(العلمية): 2/ 372.

(7) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والمقدر بنحو لوحة واحدة.

قال الأبهري: لأنَّه مؤتمن على ذلك، والذي[1] عليه الحق ليس مؤتمنًا؛ فكانت عليه البينة بالدفع.

قال ابن المواز: ولا تَباعة على الوكيل بتركه[2] الإشهاد[3] على من وكَّله، ويبرأ[4] الدافع إليه مما دفع[5]؛ لأنه سلَّم المال[6] إليه ليدفعه إلى الموكل بغير إشهاد، فقد رضي [بتركه الإشهاد ودفعه إليه][7]؛ فالقول قوله مع يمينه ويحلف الموكل أن الوكيل لم[8] يدفع إليه شيئًا، ولا علم أنه قبض شيئًا من الغريم ويحلف الوكيل أنه سلمه إليه ويبرأ[9].

[في المخاصمة عن الغائب القريب]

(ولا يخاصم عن الغائب قريبه[10] إلَّا بوكالة أو بأمر[11] يُعرف)[12].

وإنما قال ذلك؛ لأنه لا يجوز لأحدٍ أن[13] يتكلَّم عن أحد في سبب حق له، أو مطالبته[14] إلَّا بوكالة[15] منه، أو أن يأمره الحاكم بذلك، وهذا هو الواجب، قاله الأبهري.

---

(1) ما يقابل كلمة (والذي) غير قطعي القراءة في (م).
(2) في (ز): (بترك).
(3) ما يقابل كلمة (الإشهاد) غير قطعي القراءة في (م).
(4) في (ز) و(م): (ليبرأ) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.
(5) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **7/ 230**.
(6) كلمة (المال) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).
(7) ما بين المعكوفتين يقابله طمس في (م) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.
(8) جملة (بتركه الإشهاد... أن الوكيل لم) يقابلها في (ز): (أن).
(9) قول ابن المواز بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/390** و**391**.
(10) في (م): (قريب).
(11) في (ز): (أمر).
(12) التفريع (الغرب): **2/ 316** و(العلمية): **2/ 372**.
(13) ما يقابل كلمة (أن) غير قطعي القراءة في (م).
(14) كلمة (مطالبته) يقابلها في (ز): (مطالبة به).
(15) في (ز): (بمواكلة).

قال شيخنا: ولأنَّ كل أحد أجنبي عن مال غيره؛ فلا يجوز له[1] التصرف فيه؛ لقوله ﷺ: «كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ»[2].

وإذا ثبت هذا، فلا[3] فَرْق بين القريب والغريب[4]؛ لعموم الدليل، فيحتاج حينئذٍ إلى[5] أن يكون من رب المال[6] إذن في التصرف أو من الحاكم.

[في تصرف الوكيل بالبيع والشراء بعد موت الموكل]

(وإذا اشترى الوكيل بعد موت الآمِر ولم يعلم بموته؛ لزم الشراء ورثته.

وإن لم يكن قبض الثمن لزم الثمن تركته، وإذا اشترى بعد علمه بموته؛ لم يلزم الورثة وعليه غُرم الثمن، وكذلك ما باع بهذا المعنى)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأن التوكل أثبت له جواز التصرف، فلا يزيله ويرفعه؛ إلا[8] الحجر عليه، فإذا مات ولم يعزله ولم يوجد منه ما يدل على العزل؛ فالأصل بقاء الحكم بجواز التصرف حتى يوجد من الورثة عزل، أو ما يدل عليه؛ لأنَّ الحقَّ قد[9] انتقل من[10] أبيهم لهم على صفتهم[11].

وإنما منع من التصرف بعد العلم من أجل أن الخيرة التي كانت للموكل في عزل

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) ضعيف، رواه الدراقطني في سننه: 5/ 422، برقم (4568).

والبيهقي في سننه الكبرى: 10/ 539، برقم (21618)كلاهما عن حبان بن أبي جبلة رضي الله عنه.

(3) ما يقابل عبارة (وإذا ثبت هذا، فلا) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (م): (البعيد).

(5) حرف الجر (إلى) ساقطة من (م) وقد انفردت به (ز).

(6) ما يقابل كلمة (المال) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 316 و(العلمية): 2/ 372.

(8) في (ز): (إذ).

(9) كلمة (قد) زيادة من (م).

(10) في (ز) و(م): (عن)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(11) في (م): (صفته).

الوكيل وإبقائه قد انتقلت لورثته، فإذا علم بانتقالها فلا ينبغي له أن يتصرف إلَّا بإذنهم؛ لأن احتمال العزل في حق الورثة غالب بسبب[1] تجدد ملكهم، والإنسان مشغوفٌ بالتصرف فيما ملكه مجددًا[2]، وهذا مفقود في حق الأب؛ لأنَّ احتمال العزل لمن وكله ورضي بتصرفه نادر، فكان تصرف الوكيل في موضعٍ الغالب فيه العزل تَعَدٍّ، لكنه إن لم يعلم؛ فهو معذور؛ إذ لا يكلف الله نفسًا إلا وسعها.

قال مالك: ولو اشترى بعد علمه [ز: 816/ ب] بموت الآمِر لم يلزم الورثة ذلك، وعليه غرم الثمن، وكذلك ما باع بهذا المعنى؛ لأنَّ وكالته قد انفسخت[3].

وذهب مطرِّف إلى أنه باق على وكالته وإن[4] علم بموته حتى يعزله الورثة، كالخليفة إذا قدَّم قاضيًا[5] ثم مات الخليفة؛ فإن القاضي على حق[6] حتى يعزله الخليفة الذي وَلِيَ بعده.

وقال أصبغ: تنفسخ وكالته بموت الآمِر، ولا يجوز اقتضاؤه ولا خصومته حتى يوكله الوارث[7].

واستدل على ذلك بعض أصحابنا بقول مالك[8] في المرأة[9] يموت زوجها أو

---

(1) كلمتا (غالب بسبب) يقابلهما في (م): (غالبا لسبب).

(2) في (ز): (متجدد).

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 243 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 92.

(4) في (ز): (فإن).

(5) كلمة (قاضيًا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (م): (خطبته).

(7) قوله: (وذهب مطرِّف إلى أنه باق على ... يوكله الوارث) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 194.

و من قوله: (قال مالك: ولو اشترى) إلى قوله: (حتى يوكله الوارث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 370 و371.

(8) عبارة (على ذلك بعض أصحابنا بقول مالك) يقابلها في (م): (أصحابنا).

(9) ما يقابل كلمتا (في المرأة) غير قطعي القراءة في (م).

يطلقها: إن عدتها من يوم وقع الفراق والموت لا من يوم يأتيها الخبر(1).

[خلع الوكيل]

(ومن وكَّل وكيلًا وفوض إليه في البيع والشراء واقتضاء الديون وأشهد له بذلك ثم خلعه، وأشهد(2) على خلعه، ولم يعلم بذلك غرماؤه(3)؛ فلا يبرأ غريم بما(4) دفع إليه بعد خلعه، كان ذلك من ثمن ما باعه(5) الوكيل، أو من غير ذلك.

وقد قيل: إن لم يعلم الغريم ولا الوكيل بالخلع(6)؛ فالغريم بريء، وإن علم بذلك أحدهما والآخر عالم أو غير عالم؛ لم يبرأ الغريم)(7).

فوجه القول بأنه (**لا يبرأ الغريم**): [م: **159**/ أ] هو أنَّ كل واحدٍ منع من(8) التصرف في مال غيره إلَّا أن يأذن له في التصرف(9)، فيجوز تصرفه عليه بمقتضى إذنه له، فإذا وجد العزل؛ كان مبطلًا للتصرف، فلا يبرأ الغريم(10) بما دفع إليه؛ لأنَّه دفع إلى غير وكيل(11).

والفرق بين الموت والعزل هو أنَّ الموت لم يقع فيه عزل(12) ممن ولَّاه، وإنما نحن حكمنا عليه بأنه معزول؛ لانتقال الملك إلى غيره، فالعزل الواقع(13) بالموت حكم من الله

---

(1) قوله: (واستدل على ذلك... لا من يوم يأتيها الخبر) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: **3/ 58**.

(2) عبارة (له بذلك ثم خلعه وأشهد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وهي في طبعتي التفريع.

(3) عبارة (ولم يعلم بذلك غرماؤه) ساقطة من (ز)، وقد انفردت بها (م) وهي في طبعتي التفريع.

(4) ما يقابل كلمة (بما) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (ما باعه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (ز) و(م): (بالحجر)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) التفريع (الغرب): **2/ 317** و(العلمية): **2/ 372**.

(8) عبارة (واحد منع من) يقابلها في (ز): (أحد أجنبي عن).

(9) كلمتا (في التصرف) يقابلهما في (م): (بذلك).

(10) ما يقابل عبارة (فلا يبرأ الغريم) غير قطعي القراءة في (م).

(11) في (م): (الوكيل).

(12) ما يقابل عبارة (يقع فيه عزل) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل كلمة (الواقع) غير قطعي القراءة في (م).

تعالى يعذر فيه المرء إذا لم يبلغه، كالقِبلة بخلاف العزل، فإن الذي ولَّاه قد عزله، فالعزل ههنا وصف[1] حقيقي، فلا يضر جهل الغير به؛ كالاستحقاق.

ووجه القول بأنه يبرأ إذا لم يعلم واحد منهما بالعزل[2] هو أن الغريم غير قادر على الامتناع من الدفع إلى الوكيل؛ بل[3] هو مجبور على الدفع إليه، ولأنَّ الوكيل لو كان الغريم لا يبرأ بالدفع إليه؛ لكان هذا إضرارًا بالذين عليهم الديون.

قال ابن المواز: وإذ لا يشاء أحد أن يوكل على تقاضي حقه ببلد آخر، ثم يشهد بعزله بعد خروجه، أو يدفع إليه مالًا يدفعه إلى رجل صدقة أو غيرها، ثم يفسخ وكالته يريد بذلك تضمينه؛ فهذا غير معتدل[4].

فإن علم أحدهما بعزله؛ لم يبرأ الغريم؛ لأنَّ الغريم[5] وإن كان لا يعلم، فالوكيل إذا علم خلعه، فقد تعدَّى في قبض الدين؛ فهو ضامن له إن تلف، والدافع إذا غرم؛ رجع على الوكيل القابض؛ فلذلك وجب ضمان الدافع[6].

قال ابن المواز [ز: **817**/ أ]: ولو علم الوكيل ولم يعلم من دفع إليه؛ فالدافع إليه[7]، يبرأ إذا ثبتت[8] البينة على الوكالة؛ لأنَّه مجبور على الدفع إليه، ولا يبرأ الوكيل إن تلف ما قبض؛ لعلمه بعزله[9].

---

(1) ما يقابل كلمة (وصف) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (منهما بالعزل) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (ثم).

(4) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **7/ 192**.

(5) كلمتا (لأن الغريم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(6) قوله: (فإن علم أحدهما... وجب ضمان الدافع) بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: **2/ 144**.

(7) كلمتا (فالدافع إليه) يقابلهما في (ز) و(م): (فالدافع مجبور على الدفع إليه) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد، وجامع ابن يونس.

(8) في (م) و(ز): (كانت)، وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد، وجامع ابن يونس.

(9) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **7/ 193**، والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 371**.

وإن علم الغريم بعزل الوكيل ولم يعلم ذلك الوكيل فدفع إليه؛ ضمن لتعديه[1].

[في حطيطة الوكيل وتأخيره]

(وإذ حطَّ الوكيل المفوض إليه، أو أخَّر نظرًا أو استيلافًا؛ جاز ذلك[2]؛ إلَّا أن يكون وكيلًا مخصوصًا؛ فلا يجوز ما حطَّ أو أخرَّ، بخلاف المفوَّض إليه)[3].

وإنما فرقَّ بين الوكيل المفوض إليه وبين الوكيل[4] المخصوص من جهة أن الوكيل المخصوص لم يُوكَّل إلَّا على الاقتضاء[5] لا غير، وبتمامه تنقضي وكالته، فكان تأخره أو حطه[6] خارجًا عن محل الإذن، فلم يفد[7] تصرفه، بخلاف الوكيل المفوض إليه، فإنه أقامه مقام نفسه، وأطلق يده في جميع تصرفه، فلم تُنْقض وكالته بالاقتضاء؛ بل يتصرف بالمصلحة، كما كان المالك يتصرف، وحطه وإنظاره على الاستيلاف من باب المصلحة لربِّ المال، فكان تصرفه نافذًا.

[في بيع الوكيل والآمر]

(وإذا باع الوكيل وباع الآمر[8]؛ فأول البيعتين أحق؛ إلَّا أن يقبض الثاني السلعة فهو أحق بها[9]، كإنكاح الوليين)[10].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلْأَوَّلِ**

---

(1) قوله: (وإن علم الغريم...ضمن لتعديه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 209.

(2) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 317 و(العلمية): 2/ 372 و373.

(4) كلمتا (وبين الوكيل) يقابلهما في (م): (والوكيل).

(5) في (ز): (اقتضاء).

(6) عبارة (تأخره أو حطه) يقابلها في (م): (حطه أو تأخره) بتقديم وتأخير.

(7) ما يقابل كلمة (يفد) غير قطعي القراءة في (م).

(8) عبارة (الوكيل وباع الآمر) يقابلها في (م): (الآمر وباع الوكيل) بتقديم وتأخير.

(9) عبارة (فهو أحق بها) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 317 و(العلمية): 2/ 374.

مِنْهُمَا، وَمَنْ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا» خرَّجه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن[1].

قال: والعمل على هذا عند[2] أهل العلم، لا نعلم بينهم فيه[3] اختلافًا.

ولأنَّه لمَّا لم يكن واحد منهما متعدِّيًا، ولم يعلم بما[4] كان من صاحبه؛ كان أقواهما سببًا أولاهما[5].

قال الأبهري: ولأن السابق إلى العقد له قوة السبق، فكان أَوْلَى لهذه[6] العلة.

إذا ثبت هذا، فأول البيعتين[7] أحق إذا لم يقبضها الثاني، وأمَّا إن قبضها الثاني، فقد اختلف المذهب فيها على قولين؛ فالمشهور من [م: 159/ ب] المذهب أنه أحق بها من الأول، وإن كان عقده متأخرًا؛ كإنكاح الوليين[8].

وذهب ابن عبد الحكم إلى أن الأول أحق بها وإن قبَضَها الثاني؛ لأنَّ الملك قد انتَقَل بمجرد العقد الأول بالإجماع للمشتري الأول، وصار[9] من ضمانه، والثاني عقده[10] لم

(1) ضعيف، رواه الترمذي: 3/ 410، في باب ما جاء في الوليين يزوجان، من أبواب النكاح، برقم (1110).
والنسائي: 7/ 314، في باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، من كتاب البيوع، برقم (4682) كلاهما عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(2) في (ز): (عندنا).

(3) كلمتا (بينهم فيه) يقابلهما في (ز): (فيه بينهم) بتقديم وتأخير.

(4) ما يقابل كلمة (بما) غير قطعي القراءة في (م).

(5) في (م): (أولهما).
قوله: (ولأنَّه لما لم يكن واحد منهما ... سببًا أولاهما) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 433.

(6) في (م): (لقوة).

(7) ما يقابل كلمة (البيعتين) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (كإنكاح الوليين) غير قطعي القراءة في (م).
وقوله: (أنه أحق بها من الأول ... كإنكاح الوليين) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 96.

(9) ما يقابل كلمة (وصار) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمتا (والثاني عقده) يقابلهما في (م): (فالعقد الثاني).

يصادف محلًا؛ فوجب أن يكون باطلًا، سواء قبضها[1] الثاني، أو لم يقبضها؛ لأنه وإن قبضها إنما قبض ملك غيره، فكان الأول أحق بها[2] من الثاني[3].

[تعدي الوكيل]

(وإذا باع الوكيل بالدَّين؛ فقد تعدَّى [ز: 817/ ب] كالمقارض، وكذلك لو أخذ بالثمن رهنًا)[4].

وإنما قال: لا يجوز له[5] أن يبيع بالدين؛ لأنَّ التوكيل إنما كان في بيع مطلق، والبيع المطلق يقتضي النقد، كما لو قال رجل لرجل: بعني هذا الثوب بمائة درهم، فقال: بعتكه[6]؛ لكان هذا الإطلاق يقتضي التعجيل[7].

قال المازري: ولأنه إنما وكَّله على بيع مطلق غير مقيد بصفة، والبيع بالنسيئة إنما سُمِّي بيعًا بدَيْن، فليس مما تناوله[8] لفظ التوكيل[9].

قال ابن المواز: وإن لم يسم له ثمنًا فباعها بثمنٍ مؤجل، فرضي به الآمِر؛ فإن كانت[10] السلعة قائمة بيد المشتري[11] لم تفت؛ فرضاه جائز[12].

قال ابن يونس: لأنه لما كان قادرًا على ردِّها، فكأنه هو اليوم باعها.

---

(1) ما يقابل كلمتا (سواء قبضها) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (أحق بها) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قول ابن عبد الحكم لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه القرافي في الذخيرة: 8/ 13.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 318 و(العلمية): 2/ 374.

(5) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (م): (بعتك).

(7) قوله: (وإنما قال: لا يجوز له... يقتضي التعجيل) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 206 و207.

(8) في (ز): (يتناول).

(9) ما يقابل كلمة (التوكيل) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمتا (فإن كانت) يقابلهما في (م): (فكانت).

(11) كلمتا (بيد المشتري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(12) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 207.

قال: فإن فاتت؛ لم يجز[1].

قال ابن يونس: وهذا إذا كانت قيمة السلعة أقل مما باعها به؛ لأنَّه وجبت[2] له القيمة دينًا ففسخها في أكثر منها إلى أجل[3].

قال ابن القاسم في "العتبية": فإن باعها الوكيل بمثل القيمة فأقل؛ جاز أن يرضى به؛ لأنه رفق منه بالمتعدي إذا[4] فسخ ما وجب له عليه في مثله أو أقل منه[5].

قال ابن القاسم: ولو أمره أن يبيعها بعشرة نقدًا، فباعها بخمسة [أن عليه تمام العشرة؛ لإتمام القيمة، وإن باعها بخمسة[6]] عشر إلى أجل؛ بِيع الدين بعرض نقدًا، ثم بيع العرض بعين نقدًا، فإن نقص عن عشرة؛ غرم تمامها، فإن كان أكثر فهو للآمِر.

ولو قال المأمور للآمِر: أنا أعطيك عشرة نقدًا وأنتظر بالخمسة عشر حلولها[7] فأقتضي منها عشرة وأدفع إليك الخمسة الباقية، فرضي الآمِر؛ فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت بيعت بعشرة فأقل؛ جاز ذلك إذا عجَّل العشرة، وإن كانت تباع باثني عشر؛ لم يجز، وكأنه فسخ دينارين في خمسة إلى أجل[8].

قال ابن يونس: لأنَّه وجبت[9] له الآن الاثنى عشر ثمن الخمسة عشر، فقبض منها

---

(1) جملة (قال ابن يونس... فإن فاتت؛ لم يجز) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(2) ما يقابل كلمة (وجبت) غير قطعي القراءة في (م).

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 410**.

(4) في (م): (إذ) وما اخترناه موافق لما في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 410**.

(5) كلمة (منه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **7/ 207** والبيان والتحصيل، لابن رشد: **8/ 203**.

(6) جملة (أن عليه تمام العشرة ... باعها بخمسة) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من نوادر ابن أبي زيد.

(7) كلمة (حلولها) يقابلها في (ز): (إلى أجلها).

(8) قوله: (قال ابن القاسم: ولو أمره أن يبيعها ... إلى أجل) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **7/ 207**.

(9) في (م): (وجب).

عشرة وفسخ الاثنين في الخمسة التي يقبضها عند الأجل[1].

وأما قوله: (فكذلك لو أخذ بالثمن رهنًا) فإنما قال ذلك؛ لأنه متعدٍّ في البيع، وأخذُه الرهن توثقة[2] بالثمن لا يسقِط التعدي، ولا يخرجه عن أن يكون ضامنًا.

قال مالك في "المدونة": وإن أمرته أن يبيع بالدَّين، فباع وأخذ رهنًا؛ فأنت مخير في قبوله ويكون ضمانه منك إن تلف، وإلَّا رددت الرهن إلى ربه وبقي البيع على حاله، وإن تلف الرهن قبل علمك؛ فضمانه من المأمور[3].

قال بعض علمائنا: وإنما كان المأمور ضامنًا؛ لأنه إنما زاده توثقًا، ولأن زيادة التوثق ههنا يلزم منه غرامة على تقدير ضياع الرهن، ومقتضى [ز: **818**/ أ] هذا التعليل لا مقال له إذا كان الرهن مما لا يغاب عليه.

[في بيع الوكيل بالعروض ما يباع بالعين]

(وإن باع بالعروض[4] ما يباع بالعين فهو متعدٍّ)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ إطلاق البيع في الوكالة إنما ينصرف إلى البيع بجنس الأثمان، وهي[6] الدنانير والدراهم، فإقدام الموكل[7] على الإذن في بيع السلعة دليل على أن مقصودَه في العين له؛ لأنه[8] لو كان له مقصود في غيره لذَكَره، ولأنَّ البيع بالعروض شراء من وجه، فلم يدخل تحت مطلق البيع من كل وجه.

---

(1) من قوله: (قال ابن القاسم: ولو أمره أن يبيعها) إلى قوله: (الخمسة التي يقبضها عند الأجل) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 409**.

(2) ما يقابل كلمتا (الرهن توثقة) غير قطعي القراءة في (م).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 66**.

(4) في (ز): (بالعرض).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 318** و(العلمية): **2/ 374**.

(6) ما يقابل كلمة (وهي) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (الوكيل).

(8) كلمتا (له؛ لأنه) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

قال المازري: وليس تسمية أحدهما ثمنًا [م: **160**/ أ] والآخر مثمونًا بأَوْلَى من العكس؛ اللهم إلَّا أن يكون بموضع يتعامل فيه بغير العين، فيصرف إلى المتعارف عندهم، وإن كان بموضع لا يختص فيه البيع بشيء مخصوص؛ جاز بكل ما يُتَبَايع به.

وجواب(1) الكتاب إنما خرج على المعروف من بلاد الإسلام أنَّ الثمن فيها دنانير أو دراهم، فإطلاق البيع(2) فيها كتسميتها، والعُرْف كالتسمية بدليل نقد البلد.

فإذا باع الوكيل بغير الثمن المتعارف كان متعدِّيًا، ولا يلزم ذلك الموكل، والكلام إنما هو فيما(3) إذا أمره بالبيع مطلقًا ولم يعين له ثمنًا.

أمَّا إذا عيَّن له الثمن فباع بغيره؛ فإن كانت السلعة قائمة لم تفت؛ خير ربها؛ فإن شاء أجاز فعله وأخذ العرض الذي بيعت به، أو نقض البيع وأخذ سلعته؛ لكون الوكيل باع على خلاف(4) ما أمره به ولم يكن له أن يضمن المبتاع(5)؛ لأنَّ السلعة لم تفت.

قال المازري: لأنَّ المتعدي على مال غيره لا يلزمه عوضه مع حضور عينه(6)، ولم تتغير في سوق ولا بدن، وهذا إذا ثبت التعدي(7).

أمَّا إذا لم يصدق المبتاع الوكيل، ولم يثبت التعدي إلَّا بقوله وقد قبض السلعة وبان بها؛ فلا ينتزع منه إلَّا ببينة أو يمين ربها؛ لحجة المبتاع أن يكون الآمِر أمَرَه بذلك ثم قدم الآن، فإن نكل؛ لم يكن له نقض البيع، فإن فاتت؛ خُيِّر الآمِرُ بين أخذِ قيمة سلعته، أو أخذ ما باعها به.

---

(1) ما يقابل كلمة (وجواب) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (الإذن).

(3) كلمة (فيما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) كلمتا (على خلاف) يقابلهما في (م): (بخلاف).

(5) في (م): (البائع).

(6) ما يقابل عبارة (مع حضور عينه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) انظر: شرح التلقين، للمازري: **2/ 3/ 833** وما بعدها.

[في شراء الوكيل وبيعه بما لا يشبه الثمن]

(وإن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن، أو بما لا يتغابن [الناس][1] بمثله؛ لم يلزم الموكل)[2].

قال القاضي عبد الوهاب: وإنما قال ذلك؛ لأنَّه توكيل على معاوضة، فلم يجز فيه التغابن المتفاوت[3]؛ كالتوكيل في الشراء، ولأن المحاباة في حكم الهبة؛ بدليل اعتبارها من الثلث حالة المرض، ومنعها للوارث.

وقد ثبت أنَّ الوكيل ليس له هبة[4] الشيء الذي وكَّل فيه؛ فلذلك[5] لا يملك المحاباة فيه[6].

وقرَّر المتأخرون هذا بأن قالوا: إذا باع بثمن بخس؛ فإنه واهب لبعض السلعة؛ لأنَّ من باع ما قيمته مائة دينار [ز: **818**/ ب] بعشرين؛ فإنه واهب لأربعة أخماس السلعة، وهو لا يملك هبة جميعها، ولا بعضها صريحًا؛ فلذلك ضمناه[7].

قال مالك: وإن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يتغابن الناس بمثله في الثمن لم يلزمك[8]؛ كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها.

قال ابن القاسم: ويرد ذلك كله إن لم يفت، فإن فات لزم الوكيل القيمة، وإن باع بما يشبه؛ جاز بيعه.

قال مالك: وإن أمرته بشراء سلعة بعينها، فابتاعها بألف درهم وهي من أثمان

---

(1) كلمة (الناس) ساقط من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 318 و(العلمية): 2/ 374.

(3) في (ز): (التفاوت).

(4) في (ز): (هذا) وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) في (م): (فكذلك).

(6) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 206.

(7) قوله: (وقرر المتأخرون هذا بأن قالوا ... فلذلك ضمناه) بنحوه في شرح التلقين، للمازري: 2/ 3/ 832.

(8) في (م): (يلزمه) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

مائة؛ لم تلزمك[1]؛ إلَّا أن تشاء وهي لازمة له، ولو كان شيئًا يتغابن الناس بمثله لزمك[2].

(وإن وكله على شراء[3] جارية أو ثوب ولم يصف له ذلك، فإن اشترى ما[4] لا يشبه أن يبتاع لمثله؛ لم يلزمه؛ إلَّا أن يشاء، ويلزم ذلك الوكيل)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ إطلاق[6] الوكالة ينصرف إلى العُرف؛ بدليل ثمن المثل، ونقد البلد وبيعه وشرائه[7] بغير العين، فإنه في جميع ذلك لا يلزم[8] الموكل؛ إلا ما يقتضيه العرف، وكذلك إذا طلب ثوبًا أو جارية؛ فالظاهر أنه إنما طلب الثوب ليلبسه، والجارية[9] ليستخدمها، فإذا جاءه بثوب ليس من عادته لباسه أو جارية ليس من عادته استخدامها لم يلزمه[10] ذلك؛ لأنَّه يعلم بالعادة أنه لم يرد ذلك منه ولم يوكله عليه؛ لأنَّ العرف قائم مقام الشرط، فلا يلزمه ذلك، كما لو نهاه عنه في عقد الوكالة.

وأما قوله: (ويلزم ذلك[11] الوكيل) فإنما قال ذلك؛ لأنَّ إقدامَه على الشراء مع علمِه أنه لا يصلح [م: 160/ ب] للآمِر دليل على[12] أنه رضِيَ السلعة، ودخل على أخذها[13] إن

(1) في (ز): (يلزمه).
(2) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 244 و245 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 93 و94.
(3) كلمتا (على شراء) يقابلهما في (م): (بشراء).
(4) في (ز): (بما)، ولعل ما أثبتناه أصوب.
(5) في (ز): (الموكل)
التفريع (الغرب): 2/ 318 و(العلمية): 2/ 374.
(6) ما يقابل كلمة (إطلاق) غير قطعي القراءة في (م).
(7) في (ز): (وشراؤه).
(8) كلمتا (لا يلزم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).
(9) في (م): (والأمة).
(10) ما يقابل كلمة (يلزمه) غير قطعي القراءة في (م).
(11) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
(12) حرف الجر (على) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).
(13) ما يقابل كلمة (أخذها) غير قطعي القراءة في (م).

لم يرضَ بها الآمِر.

[في الوكيل يبيع بثمن غير الذي أمر به]

(وإن وكلَّه على شراء سلعة بعشرة فابتاعها بخمسة، فإن كانت على الصفة[1] لزمته، وإلَّا فلا.

وإن ابتاعها بعشرين؛ فهو مخيَّر في أخذها بعشرين[2] أو ردها)[3].

والأصل في ذلك ما خرَّجه الترمذي عن عروة بن الجعد أنه قال: دفع إليَّ رسول الله ﷺ دينارًا لأشتري له[4] به شاة، فاشتريت له شاتين، فبِعْت إحداهما بدينار، وجئتُ بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: «**بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ**»[5].

قال المازري: ولأنَّ هذا أنفع للموكل[6] وأصلح له؛ لأنَّ الغرض بالتحديد[7] ألَّا يتعدَّى إلى ما هو أضر بالموكل[8].

قال أبو إسحاق التونسي: وإذ لا غرض له في تقليل الثمن؛ إذا[9] جاء به على الصفة.

(وإن ابتاعها بعشرين، فهو مخيَّر في أخذها بعشرين أو ردها.

---

(1) ما يقابل كلمة (الصفة) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (بعشرين) زيادة من (ز).

(3) عبارة (وإن ابتاعها... أو ردها) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

التفريع (الغرب): 2/ 318 و(العلمية): 2/ 374.

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ضعيف، رواه الترمذي: 3/ 551، في باب من أبواب البيوع، برقم (1258).

والطبراني في الكبير: 17/ 160، برقم (421) كلاهما عن عروة البارقي رضي الله عنه.

(6) في (ز): (له).

(7) في (ز): (كالتحديد)، وما يقابل كلمة (بالتحديد) غير قطعي القراءة في (م).

(8) شرح التلقين، للمازري: 2/ 3/ 839.

(9) في (ز): (إذ).

ولو زاد يسيرًا مما يزاد في مثل الثمن؛ لزمته الزيادة[1].

أما[2] قوله: (**وإن ابتاعها بعشرين...**) إلى آخر المسألة، فإنما قال ذلك[3]؛ لأنَّ الآمِرَ قد حدَّ له[4] حدًّا، ووكله على التصرف بذلك القدر لا غير، فالزيادة على ذلك خروج عن مقتضى التوكيل، فكان متعدِّيًا؛ لأنَّ الزيادة الكثيرة ليس مما تدعو الحاجة[5] إليها؛ إذ من يشتري بعشرة [ز: **819**/ أ] لا يشتري بعشرين، فالزيادة الكثيرة غير محتاج إليها، وهي[6] في غير محل الإذن، فلم يلزم الآمِر شراؤه، وهو مخيَّر إن شاء أخذها بعشرين؛ لأنَّ الوكيل مقر أنه اشتراها له، وإن شاء ردَّها على الوكيل مؤاخذة له بتعديه، ويلزم المأمور؛ لأنه دخل بتعديه على التزام السلعة إن لم يرض[7] الآمِر.

وأمَّا إذا كانت الزيادة يسيرة؛ قال في "المدونة": كالدينارين والثلاثة يزيدها[8] على المائة، وكالدينار والدينارين في الأربعين[9]؛ فهي لازمة للآمر؛ لأنَّ الغالب من أحوال[10] الناس إذا باشروا الشراء بأنفسهم[11] يحتملون هذا القدر ويغتفرونه، فإذا زاد الوكيل هذا القدر الذي يحتمل في العادة؛ لم يكن متعدِّيًا؛ لأنه إنما دخل على ما هو المعتاد من تصرفات الناس.

---

(1) عبارة (أصل: وإن ابتاعها... لزمته الزيادة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

والتفريع (الغرب): **2**/ **318**، و(العلمية): **2**/ **374**.

(2) كلمتا (شرح أما) يقابلهما في (م): (شرح وإنما قال: لم يلزم إلا زيادة كثيرة أما) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) عبارة (أما قوله: وإن... فإنما قال ذلك) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) في (م): (لحاجته).

(6) في (ز): (وهو).

(7) في (م): (يرضها).

(8) في (ز): (يردها).

(9) المدونة (صادر/ السعادة): **4**/ **121** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **3**/ **94**.

(10) في (م): (حال).

(11) في (ز): (لأنفسهم).

فرع:

وهل للوكيل على البيع إذا حدد له الثمن أن يبيع بأنقص مما[1] حدد له في الشراء[2]؟

قال اللخمي: ليس له ذلك؛ لأنَّ القصد في البيع طلب الزائد ومنع البيع بالنقص[3].

وحكى المازري عن بعض الأشياخ أنه قال: لا فرق بين وكيل البيع، ووكيل الشراء في أنَّ كل[4] واحد منهما له[5] أن يزيد زيادة يسيرة أو ينقص.

وقوله: (**ولو زاد يسيرًا مما يزاد في مثل الثمن لزمته الزيادة**) فقد تقدَّم شرح ذلك، وحد القدر اليسير عقب المسألة المتقدمة، فلا معنى لإعادته[6].

(وإذا وكله على شراء شيء بعينه ولم يدفع إليه ثمنًا، فاشترى ما أمره به ولم ينقد[7]، ثم أخذ الثمن منه لينقده فضاع؛ فعليه غرمه ثانية.

وكذلك لو ضاع مرارًا حتى يصل إلى البائع.

ولو أن الموكل دفع إلى الوكيل الثمن قبل الشراء فضاع منه بعد الشراء؛ لم يلزمه غرمه إن أبى؛ لأنه مالٌ بعينه ذهب، ويلزم الوكيل[8] الثمن، والسلعة له)[9].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه في الصورة الأولى وكله على الشراء على ذمته، فقد أذن له في تعمير ذمته، وبعقد[10] البيع انشغلت[11] ذمة الآمِر للبائع لا المأمور، فدفْعُ الثمن للمأمور

---

(1) في (ز): (ما).

(2) كلمتا (في الشراء) يقابلهما في (م): (بالشراء).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **8/ 4639**.

(4) في (ز): (لكل).

(5) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) عبارة (وقوله: (ولو زاد يسيرًا... معنى لإعادته) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).
وانظر النص المحقق:**371/9**.

(7) في (م): (ينقده).

(8) كلمة (الوكيل) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(9) التفريع (الغرب): **2/ 318** و**319** و(العلمية): **2/ 374**.

(10) عبارة (أذن له في تعمير ذمته وبعقد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(11) في (ز): (فاشتغلت).

إنما هو على سبيل الرسالة ليُوصله إلى ربه، وهو رسول رب المال وأمينه؛ فعليه غرمه ثانية حتى تبرأ ذمته، بخلاف الصورة الثانية؛ لأنَّه ما وكله على عقد اقتضاه[1] تعمير الذمة؛ بل إنما وكله على الشراء بهذا الثمن المعين، ولم يوكله على شغل ذمته.

فإذا ذهب الثمن لم يلزمه غرمه ويلزم المأمور، والسلعة له؛ إلَّا أن يشاء أن يدفع إليه الثمن ثانية ويأخذها [م: 161/ أ]؛ فذلك له، وهو كالعامل في القراض يشتري سلعة ثم يجد الثمن قد[2] ذهب؛ أن ربَّ المال مخيَّر في دفع المال ثانية[3]، ويكون على قراضه، أو يأبى فيلزم العامل.

قال ابن المواز: وإذا نقد المأمور مِن عندِه، فلما أخذ الثمن من الآمِر [ز: 819/ ب] تلف عندَه؛ فلا شيء على الآمِر؛ لأنَّ المأمور إنما أسلفه[4] مِن عندِه وقد استوفى سلفه.

قال: ولو تسلَّفه له من غيره بأمر[5] الآمِر؛ فالآمِر أيضًا ضامن للثمن حتى يستوفيه البائع.

أبو محمد: يريد: في تلف[6] ما تسلف له قبل أن يقبضه البائع.

قال: ولو قبضه البائع ثم طلب به المأمور الآمر فأخذه منه، فتلف قبل أن يصل إلى من أسلفه إياه؛ فعلى الآمِر غرمه أيضًا[7] حتى يصل إلى من كان أسلفه له[8].

---

(1) ما يقابل كلمة (اقتضاه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (قد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (ثانيًا).

(4) في (ز): (استلفه).

(5) في (م): (بأمره).

(6) في (م): (ثمن) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) في (ز): (ثانيًا) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(8) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 221.

[في توكيل العبد]

(ولا بأس أن يوكِّل عبدًا محجورًا عليه أو مأذونًا له)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ العبد إنما منع من[2] التصرف لحق السيد، فإذا أسقط السيد حقه إمَّا بالإذن العام أو بالإذن الخاص[3]؛ زال المحذور، وجازت[4] معاملته وتوكيله.

قال اللخمي: إن كان العبد محجورًا عليه؛ فللسيد إجارته في[5] ذلك[6].

قال في "الطراز": وهذا فاسد، ولا خيار للسيد في ذلك، وإنما له أن يمنع عبده من الفعل[7] قبل وقوعه.

وأما الفسخ؛ فإنما سلطانه على فسخ ما عقده العبد لنفسه أو لسيده؛ لأنه تصرَّف فيما هو[8] تحت ولايته؛ فكان له رده أو تنفيذه.

أَمَّا تصرفه في حق[9] الغير؛ فلا حكم له فيه بعد وقوعه، كما لو وكله على طلاقِ زوجته فطلقها، أو عتقِ عبدِه فأعتقه.

قال شيخنا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ومراد صاحب الكتاب: أنَّ العبد المحجور عليه أذِن له سيده في الوكالة، واستدلَّ على ذلك بقول ابن القاسم في كتاب الحمالة من "المدونة"، فإنه قال فيها: وتجوز حمالة العبيد[10] ووكالتهم بإذن السيد في الخصومة وغيرها؛ لأنَّ مالكًا قال: من وكَّل عبده لقضاءِ دينٍ عليه، فأقام العبد شاهدًا أنه قضاه؛ حلف العبد وبرئ السيد،

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 319 و(العلمية): 2/ 376.

(2) حرف الجر (من) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

(3) كلمتا (بالإذن الخاص) يقابلهما في (ز): (بإذن خاص).

(4) في (م) و(ز): (وصارت) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) كلمتا (إجارته في) يقابلهما (ز) و(م): (إجازة) وما اخترناه موافق لما تبصرة اللخمي.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3001.

(7) في (ز): (فعل).

(8) كلمة (هو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) في (ز): (حكم).

(10) في (ز) و(م): (العبد) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

كالوكيل الحر سواء، ولا يحلف السيد[1].

[في وكالة النصراني]

(ويُكْرَه أن يوكِّل نصرانيًا على بيع أو ابتياع، أو يبضع معه، وكذلك لو كان عبدًا له)[2].

وإنما منع المسلم[3] من وكالة الذمي فيما لا يؤمن فيه الفساد من عقود المعاملات، واقتضاء الديون؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾الآية [النساء: **161**]، فأخبر تعالى أنهم يعملون بالربا المنهي عنه، سيما ونحن نمنع المسلم التقي من عقدٍ صحيح في الظاهر إذا خِفْنا أن يكون ذريعة إلى ما لا يجوز، فكيف بهذا؟

فإن وقعت الوكالة؛ ردَّت، وإن لم يدرِ بها حتى باع أو ابتاع؛ تعقب فِعله فما[4] وافق الشرع؛ مضى[5]؛ لأنَّ الوكالة لا يشترط فيها العدالة[6] ولا الديانة؛ كالإجارة، وإنما منعناه لخوف الفساد الذي لا[7] يؤمن منه، فمَنْعُ[8] وكالة الذمي من باب الذرائع، فما[9] وقع من فِعْل الذمي موافقًا لحكم[10] الشرع؛ أمضيناه، وما وقع فاسدًا؛ رددناه.

[ز: **820**/ أ] فإن قيل: هذا[11] يظهر في العقود، أما في[12] الاقتضاء فلا فساد فيه[13].

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 279** و**280**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 37**.

(2) التفريع (الغرب): **2/ 319** و(العلمية): **2/ 376**.

(3) كلمة (المسلم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) في (ز): (فيما).

(5) كلمة (مضى) يقابلها في (ز): (وغيره، فيمضي ما وافق الشرع).

(6) في (م): (العادلة)، وفي (ز): (العالة) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) كلمة (لا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) في (م): (فمع).

(9) ما يقابل كلمة (فما) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في (م): (لفعل).

(11) ما يقابل كلمة (هذا) غير قطعي القراءة في (م).

(12) حرف الجر (في) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

(13) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

قال بعض القرويين: إنما منع من ذلك[1]؛ لأنَّ في وكالته على الاقتضاء تسليط على المسلمين بتسلط[2] الوكالة، وتغليظًا عليهم إن منعوه، فكره ذلك؛ لئلا يذل المسلمين[3].

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: وكذلك عبده النصراني لا يجوز أن يأمره ببيع شيء ولا شرائه، ولا اقتضائه، والله أعلم[4].

❁❁❁

---

(1) عبارة (إنما منع من ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) في (ز): (بتسليط).

(3) في (ز): (المسلم).

(4) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): **4/ 50** و**51** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 423**.

وقوله: (قال بعض القرويين... ولا اقتضاءه، والله أعلم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 405**.

كتابُ الوقف والحبس

(الحبس صحيح لازم)[1].

اعلم أنَّ الحبس صحيحٌ لازم في الحياة وبعد الوفاة من غير افتقارٍ إلى حكم حاكم، والمشهور عن أبي حنيفة منعه، وأنه غير جائز ولا لازم[2].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ الآية [المائدة: 1].

وخرَّج مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أَصَابَ عمر أَرْضًا بِخَيْبَرَ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا[3]، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُ بِهِ؟

قَالَ: «**إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا**».

قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ [م: 304/ ب]، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الفُقَرَاءِ، وَفِي القُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ، وَفِي سَبِيلِ اللهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ"[4]، ففي هذا[5] الحديث أدلة:

أحدها قوله ﷺ: «**حبس الأصل**»، وذلك يقتضي التأبيد، وانتفاء الرجوع فيه، وقطع التصرف فيه بالبيع، ونقله عما هو عليه.

والثاني أن عمر رضي الله عنه استشار رسول الله ﷺ في ذلك، فأشار عليه به[6]، فدلَّ ذلك على أنه يلزم.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 307 و(العلمية): 2/ 357.

(2) قول أبي حنيفة بنحوه في الحجة على أهل المدينة، لابن فرقد الشيباني: 3/ 46.

(3) كلمتا (يستأمره فيها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 198، في باب الشروط في الوقف، من كتاب الشروط، برقم (2737).

ومسلم: 3/ 1255، في باب الوقف، من كتاب الوصية، برقم (1632) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(5) ما يقابل كلمتا (ففي هذا) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (به) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

والثالث أنه كتب: (لا يباع ولا يوهب ولا يورث).

وقد فعله أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، وجماعة من الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين- ولم يُحفظ عن أحد منهم الامتناع منه، وبذلك احتجَّ مالك على أبي يوسف حتى اضطره إلى[1] تركِ مذهب صاحبه وقال بمذهب مالك.

ولأنه تحبيس أصل [م: **822**/ ب] على وجه القربة، فلم يفتقر إلى حكم حاكم. أصله: المسجد[2].

وقولنا: (**أصل**) فيه احترازٌ من[3] الحيوان والعروض على إحدى الروايتين، ولأنه إزالة ملك على وجه القُرْبة، فلم يفتقر إلى حكم حاكم؛ كالعتق[4].

[الرجوع عن الحبس]

(ومن حبس حبسًا على وجه صحيح؛ لزمه إخراجه في الوجه الذي جعله فيه، ولم يجز له الرجوع فيه بعد حبسه)[5].

اعلم أن من حبس حبسًا على وجهٍ صحيح مثل أن يحبسَه على الفقراء والمساكين، أو في سبيل الله؛ فهذه كلها وجوهٌ صحيحة يلزمه الوفاء بها، ولا يجوز له الرجوع فيه؛ لقوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**حَبْسُ الْأَصْلِ، وَسَبْلُ الثَّمَرَةِ**»[6].

وهذا دليلٌ على أنه يقتضي التأبيد وانتفاء الرجوع فيه، وكون عمر استشار النبي ﷺ فأشار عليه بذلك دليلٌ على أنه يلزم، وإلَّا لم يكن قد دلَّه على مراده.

---

(1) ما يقابل كلمة (إلى) غير قطعي القراءة في (م).

(2) من قوله: (اعلم أنَّ الحبس صحيح) إلى قوله: (حاكم. أصله: المسجد) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ **670**، وما بعدها.

(3) في (م): (عن).

(4) قوله: (وقولنا: أصل؛ فيه... حاكم كالعتق) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ **485**.

(5) التفريع (الغرب): 2/ **307** و(العلمية): 2/ **357**.

(6) ضعيف، رواه الشافعي في مسنده، ص: **308**.

والطحاوي في شرح مشكل الآثار: 2/ **140**، برقم (**661**).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ **268**، برقم (**11904**) جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وأيضًا: فإن عمر كتب: "لا تباع ولا توهب"[1].

ولأنَّ إقدام المحبس على التحبيس يدل[2] عُرْفًا أنه قصد أن لا يرجع إليه، وأنه قصد إخراجه عن مِلْكه؛ لأنه دَخَل على أن منافعَه تصرف ولم يُقَيِّدها بوقتٍ، ولأنه عقد لازم تعلَّق به للغير حق فلم يكن له رجوع فيه كسائر العقود اللازمة.

[فيمن حبَّس حبسًا من غير أن يحدِّدَ له وجه]

(ومن حبَّس حبسًا ولم يجعل له وجهًا؛ جُعل في وجه الخير وهو وقف أبدًا، ولم يرجع ملكًا له ولا لورثته من بعده)[3].

وإنما قال: (إنه[4] يُجْعَل في وجوه الخير والبر[5])؛ لأنَّ الحبس يُراد به وجه الله تعالى، وذلك يتعيَّن بتعيينه، فإن[6] لم يعينه كان مطلقًا فيه، ولم[7] يجز إبطاله؛ لأنه لو صرَّح بذلك كان هذا حكمه[8].

قال الأبهري: ولأنَّ الحبس والصدقة[9]، والوقف فِعل خير وقربة إلى الله تعالى، إذا فعله الإنسان لزمه ذلك، فإن سمَّى وجهًا[10] لزمه ذلك، وكان فيه على ما سمَّى، وإن لم يسمِّ كان في وجوه الخير بدلالة ما لو قال: مالي[11] صدقة على زيد وعمرو؛ لزمه ذلك.

ولو قال: **(على الفقراء)** ولم يسمِّ أحدًا[12]؛ ....

---

(1) ما يقابل عبارة (لا تباع ولا توهب) غير قطعي القراءة في (م).

وقوله: (وهذا دليل على ... ولا توهب) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 485**.

(2) كلمة (يدل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 307** و(العلمية): **2/ 357**.

(4) كلمتا (قال إنه) يقابلهما في (ز): (قال ذلك إنه).

(5) كلمة (والبر) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (م): (فإذا).

(7) كلمة (ولم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) قوله: (وإنما قال إنه ... كان هذا حكمه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 491**.

(9) ما يقابل كلمة (والصدقة) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (وجها) غير قطعي القراءة في (م).

(11) عبارة (ما لو قال: مالي) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(12) عبارة (ولم يسم أحدًا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

كان ذلك[1] صدقة.

قال بعض شيوخنا -يريد: أبو بكر-: "إنه لمَّا أطلق ولم يعين دلَّ[2] على أن مقصوده التعميم، وكل ما كان يطلق عليه اسم قربة يصرف[3] فيه؛ لأنَّ إطلاقه [م: **305**/ أ] دليل على أن ذلك[4] مقصوده.

قال الأبهري: ويكون ذلك في فقراء ولده وأهله، هم أَوْلَى بذلك من غيرهم؛ بدلالة قوله ﷺ لأبي طلحة رضي الله عنه لما جعل بيرحاء[5] صدقة، ولم يسمِّ أحدًا تصدَّق بها عليه، وإنما أطلق ذلك، فقال له رسول الله ﷺ: «**اجعلها في الأقربين**»[6].

[فيمن قال: مالي حبس في وجه كذا وكذا]

(ومن قال: مالي حبس في وجه كذا وكذا؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنه يتأبَّد حبسه، فيكون أولًا في الوجه الذي جعله فيه، فإذا انقرض ذلك الوجه؛ كان حبسًا على أقرب الناس إليه[7]، فإذا انقرضت قرابته؛ كان حبسًا على الفقراء والمساكين.

والرواية الأخرى أنه[8] يكون في الوجه الذي جعله [ز: 823/ أ] فيه، فإذا انقرض ذلك الوجه؛ رجع ملكًا [له][9] في حياته ولورثته بعد وفاته.

وكذلك إن قال: مالي صدقة في[10] وجه كذا وكذا؛ إلَّا أن يريد المحبس[11] التصدق بعين ماله لا بمنفعته، فيكون ملكًا لمن[12] تصدق به عليه)[13].

---

(1) في (م): (كذلك).

(2) ما يقابل عبارة (ولم يعين دلَّ) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (صرفه).

(4) ما يقابل كلمة (ذلك) غير قطعي القراءة في (ز).

(5) ما يقابل عبارة (لما جعل بيرحاء) غير قطعي القراءة في (م).

(6) الحديث تقدم تخريجه في فيمن نذر المشي إلى بيت الله ﷻ من كتاب الأيمان والنذور: **383/5**.

(7) في (م): (له).

(8) ما يقابل عبارة (والرواية الأخرى: أنه) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (له) ساقطة من (م) و (ز) وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(10) في (م): (على).

(11) كلمة (المحبس) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(12) في (ز) وطبعة دار الكتب العلمية: (لما)، ولعل ما أثبتناه أصوب.

(13) التفريع (الغرب): **2/ 307** و **308** و(العلمية): **2/ 357**.

اعلم أن الحبس على وجهين:

على معين، وعلى مجهول، والمعين على خمسة أوجه، يرجع ملكًا في وجهين، واختُلِفَ[1] في ثلاثة هل يرجع ملكًا؟ أو يمضي حبسًا؟

فإن قال: حبس على هؤلاء النفر وهؤلاء العشرة، وضرب أجلًا، وقال: حياتهم؛ رَجَعَ ملكًا، ولا خلاف في[2] هذين الوجهين.

قال ابن المواز: وليس هذا حبسًا، وإنما هو سُكْنى.

واختلف إذا أطلق ولم يسمِّ أجلًا ولا حياة، وقال[3]: حبس صدقة، فقال مالك مرة: إذا أطلق؛ لم يرجع ملكًا، وقال أيضًا: يرجع ملكًا؛ إلَّا أن يقول: حبس صدقة لا يباع ولا يوهب ولا يورث[4].

قال ابن القاسم: وأصل قوله إنه إذا قال: (حبس) ولم يقل: (صدقة) فهي حبس إذا كانت على مجهولين، وإن كانت على معينين؛ فقد اختلف قوله فيه، فقال مرة[5]: ترجع بعد انقراضهم إلى ربها ملكًا[6]، أو إلى ورثته بعد موته ملكًا يباع.

وقال مرة: لا ترجع إلى ربها ملكًا [ولكن حبسًا][7].

فوجه القول الأول هو أن مجرد لفظ التحبيس لا يقتضي التأبيد، والتحريم لا من لفظه ولا من معناه؛ لأنَّ لفظه مجرد عن التحريم.

ومعناه أنَّ المنفعةَ لمن جُعلت له فقط حبس عليهم لا تخرج عنهم، ....

---

(1) في (م): (وتختلف)، وفي (ز): (ومختلف) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) في (م): (فيه) وفي (ز): (على) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) كلمة (وقال) يقابلها في (م): (أو قال).

(4) عبارة (يباع ولا يوهب ولا يورث) يقابلهما في (م): (تباع ولا توهب ولا تورث).

ومن قوله: (اعلم أن الحبس) إلى قوله: (ولا يوهب، ولا يورث) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3447.

(5) عبارة (فقد اختلف قوله فيه فقال مرة) يقابلها في (ز): (فقال مالك).

(6) ما يقابل كلمتا (ربها ملكًا) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمتا (ولكن حبسًا) ساقطتان من (م) و (ز) وقد أتينا بهما من تهذيب البراذعي وجامع ابن يونس.

انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 215 و الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 294.

فأما[1] تحريمها بعد انقراضهم؛ فإنه ممَّا لا يستفاد منه، فإذا كان كذلك؛ وَجَبَ عودها ملكًا للمحبس؛ لأنها على أصلِ ملكه؛ لزوال الحقِّ الذي تعلَّق بها؛ إلَّا أن يوصف بالتأبيد أو بالتحريم[2]، أو ما يقوم مقامه من الصدقة على مجهولين[3].

قال الأبهري: ولأنَّ الصدقة قد تكون لمنفعة[4] الشيء المتصدَّق به، وكذلك الحبس، فإذا أطلق ذلك المحبس ولم يقرر إلى ذكر ذلك تحريمًا[5]، ولا منعًا[6] من تصرفه فيها؛ كانت ملكًا على ما هي عليه إذا مات مَنْ حَبَسَها عليه، كما يرجع إليه[7] ما أعار أو أعمر أو أسكن؛ لأنَّه لم ينقل ملك الرقبة إلى[8] المعار، والمسكن، والمعمر، وكذلك هذا في المحبس.

قال القاضي عبد الوهاب: ووجه القول الثاني هو أن لفظة[9] الحبس تقتضي حبس رقبة الشيء أبدًا[10]، وجعل في الوجه[11] الذي حبسه عليه، ولا يجوز رجوعه فيه، ولا تغييره ببيعٍ أو هبة؛ لأنه قد أوجب فيه أن يكون حبسًا أبدًا، وقد قال النبي ﷺ [م: **305**/ ب] لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: «**حَبْسُ الْأَصْلِ، وَسَبْلُ الثَّمَرَةِ**»[12].

ولأنه لم يقيد ذلك بوقت[13] دون وقت، ....

---

(1) في (ز): (فإنما).

(2) في (م): (التحريم).

(3) من قوله: (فوجه القول الأول: هو) إلى قوله: (الصدقة على مجهولين) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 489**.

(4) في (ز): (بمنفعة).

(5) ما يقابل كلمة (تحريمًا) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (م): (منع).

(7) في (ز): (عليه).

(8) في (م): (الشيء).

(9) ما يقابل كلمة (لفظة) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (أبدًا) غير قطعي القراءة في (م).

(11) كلمتا (في الوجه) يقابلهما في (م): (غلته في الشيء).

(12) تقدم تخريجه في الرجوع عن الحبس من كتاب الوقف والحبس: **9/378**.

(13) ما يقابل عبارة (لعمر بن الخطاب... يقيد ذلك بوقت) غير قطعية القراءة في (م).

فكان الإطلاق مقتضيًا[1] للتأبيد، وليس يخرجه عن ذلك بيانه لمن حبست[2] عليه بأن يقول: حبس على فلان؛ لأنَّ ذلك لا يفيد تقييد[3] الحبس[4] فقط[5].

وأما قوله: (فإذا انقرض ذلك الوجه؛ كان[6] حبسًا على أقرب الناس إليه[7]).

قال الأبهري: لقوله ﷺ لأبي طلحة رضي الله عنه: «**اجعلها في الأقربين**»[8]، ورُوِيَ: «**فِي فُقَرَاءِ أَهْلِكَ**»[9].

قال مالك [ز: **823**/ ب] في "الموازية": ويرجع إلى أقرب الناس بالمحبس رجالًا ونساءً[10].

ورَوى أصبغ عن ابن القاسم أنه إنما يرجع إلى الرجال[11].

قال الباجي: فوجه القول الأول أنه لما صرف التحبيس إنما[12] صرف إليهم على وجه الصلة وسد خلة القرابة، والبنت من أحق الناس بذلك.

ووجه القول الثاني أنها ليست بعصبة على الانفراد، فلم تستحق شيئًا من ذلك[13]

---

(1) في (م): (مقتضاه).

(2) في (م): (حبسه).

(3) كلمتا (يفيد تقييد) يقابلهما في (ز): (يفيد إلَّا تقييد) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(4) في (ز) و (م): (القربى) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 489** و**490**.

(6) عبارة (حبس على فلان ... الوجه؛ كان) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) في (م): (له).

(8) تقدم تخريجه في فيمن نذر المشي إلى بيت الله ﷻ من كتاب الأيمان والنذور: **383/5**.

(9) رواه أحمد في مسنده، برقم (**12144**).

وابن أبي شيبة في مصنفه: **4/ 350**، برقم (**20938**).

والبزار في مسنده: **13/ 503**، برقم (**7332**) جميعهم عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(10) قوله: (قال مالك... رجالًا ونساءً) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 67**.

(11) قوله: (ورَوى أصبغ عن ابن القاسم أنه إنما يرجع إلى الرجال) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 65**.

(12) ما يقابل عبارة (أنه لما صرف التحبيس إنما) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل كلمة (ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

بالقرابة كالخالة.

فرع:

ومن القرابة[1] الذين يرجع إليهم؟

روى ابن القاسم عن مالك في "العتبية" أنه يرجع إلى عصبة المحبس [في السكنى والغلة][2].

وروى[3] عيسى عن ابن القاسم أنه يرجع إلى أَوْلى الناس به من ولدٍ وعصبةٍ، وقاله مالك في "الموازية"[4].

[فيمن قال: مالي وقف على وجه كذا وكذا]

(وإن قال: مالي وقف على وجه كذا وكذا؛ كان وقفًا أبدًا، ولم يرجع ملكًا له ولا لورثته من بعده)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ مفهوم هذه اللفظة في العُرفِ أنه يقصد بها السبيل، وتأبيد التحبيس، وتمليك منفعتها على الدوام؛ فوجب الحكم بذلك فيها[6].

فإن[7] قال في المعينين: حبس صدقة لا تباع ولا توهب، فانقرضوا؛ فلم يختلف قوله أنها لا تباع، وترجع إلى أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع، ولا ترجع إلى المحبس على حال وإن كان حيًّا.

وقال ابن الماجشون وابن كنانة: إذا كانت على إنسان بعينه؛ فهي عُمرى وإن سمَّاها

(1) ما يقابل كلمة (القرابة) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (في السكنى والغلة) ساقطة من (م) و (ز) وقد أتينا بها من منتقى الباجي.

انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: **12/ 190**.

(3) عبارة (روى ابن القاسم... المحبس وروى) يقابلها في (ز): (وروى).

(4) قول عيسى بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 65**.

والمنتقى، للباجي: **8/ 49** و **50**.

(5) التفريع (الغرب): **2/ 308** و(العلمية): **2/ 357**.

(6) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنَّ مفهوم ... بذلك فيها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 487**.

(7) عبارة (أصل: وإن قال ... فيها، فإن) يقابلها في (م): (وإن).

صدقة، ما لم يقل: لا يباع ولا يورث[1].

وإن كان الحبس على مجهولين، فقال: حبس على فلان وعقبه، فانقرض ذلك العقب؛ فقال مالك: لا يرجع ملكًا[2].

وقال مطرِّف في كتاب ابن حبيب: إن قال: في حبسه ما عاش أو ما عاشوا؛ فهي عمرى[3].

واختلف إذا قال: مالي صدقة في وجه كذا وكذا، فقيل: إنه يكون[4] صدقة في الوجه الذي جعله فيه، فإذا انقرض ذلك الوجه؛ كان على أقرب الناس إليه[5]، فإن انقرضت قرابته؛ كان على الفقراء والمساكين.

والرواية الأخرى أنه يكون في الوجه الذي جعله فيه، فإذا انقرض ذلك الوجه؛ رجع ملكًا له في حياته ولورثته بعد وفاته[6].

فوجه القول بأنه لا يتأبَّد؛ فلأنَّ إيجابه الصدقة بالمنفعة على زيد أو ولده أو المعينين، أو في وجه كذا وكذا[7] لا يوجب التأبيد لا من لفظه ولا من معناه، وإنما يقتضي[8] تبقيته ما دام الوجه الذي صرف فيه باقيًا، فإذا زال عاد إلى ملكه[9] في الأصل.

أصله: العمرى[10].

قال الباجي: ولأنَّ تعليق التمليك بوقت ينتهي إليه يمنع ملك الرقبة، كما لو وقَّته

---

(1) قوله: (وقال ابن الماجشون،... يورث) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 14.

وقوله: (فإن قال في المعينين... تورث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 293.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 92.

(3) قوله: (وإن كان الحبس... فهي عمرى) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3449.

(4) ما يقابل عبارة (فقيل: إنه يكون) غير قطعي القراءة في (م).

(5) في (م): (له).

(6) قوله: (واختلف إذا قال... ولورثته بعد وفاته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 488.

(7) كلمة (وكذا) زيادة من (م).

(8) في (م): (يقبض).

(9) في (ز) و (م): (مالكه) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(10) قوله: (فوجه القول بأنه... أصله: العمرى) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 490.

بمجيء زيد، أو نزول المطر(1).

ولأنَّ تمليك المنافع يتوقَّت، وتمليك الرقبة لا يصح فيه التوقيت، وإنما يصح فيه التأبيد، فتوقيت المالك دليلٌ على قصد تمليك المنافع خاصة.

ووجه القول بالتأبيد: هو إن إطلاقه لفظة الصدقة به يفيد التخلي منه، فكان كالوقف(2).

قال الأبهري: لأنَّ الصدقة يُراد بها القربة إلى الله ﷻ، كالوقف، فأجرى [ز: 824/ أ] حكمها مجرى حكم الوقف، وليس(3) كذلك لفظ الحبس حتى يقرنها بتحريم أو منع من بيع أو تصرف(4) فيها، فتكون حينئذٍ كالوقف والصدقة [م: 306/ أ].

وأما إن جعله في قوم مجهولين، أو موجودين(5) لا يحاطُ بعددهم؛ كبني ثعلب أو بني تميم؛ فإنه يتأبد ولا يكون ملكًا.

[فيمن قال: مالي حبس صدقة، أو صدقة حبس]

(وإن قال: مالي حبس صدقة، أو صدقة حبس؛ ففيها روايتان على ما بيناه)(6).

قال القاضي عبد الوهاب: اختلف إذا قال: (مالي حبس صدقة) أو (صدقة حبس) ولم يضم إلى ذلك (لا تباع ولا توهب) هل يتأبَّد التحبيس؟ أم لا؟ ففي ذلك روايتان:

إحداهما أنه يتأبد.

والأخرى أنه لا يتأبد.

فوجه القول بأنه(7) لا يتأبد فلأنَّ ذلك مبني على أن كل واحد من هذه الألفاظ إذا

(1) المنتقى، للباجي: 8/ 26.

(2) قوله: (ووجه القول بالتأبيد... فكان كالوقف) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 490.

(3) ما يقابل كلمتا (الوقف، وليس) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمتا (أو تصرف) يقابلهما في (ز): (وتصرف).

(5) ما يقابل كلمتا (أو موجودين) غير قطعي القراءة في (م).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 308 و(العلمية): 2/ 357.

(7) ما يقابل كلمة (بأنه) غير قطعي القراءة في (م).

انفرد لا يثمر التأبيد، فكذلك إذا اجتمعا.

لأنَّ الجمع بين[1] اللفظين لا يجعل لهما حكمًا يخالف حكم[2] الانفراد.

ووجه القول بأنه يتأبد؛ فلأن فائدة التأكيد تأبيد الحبس، كما لو أكَّده بقوله: لا يباع ولا يوهب[3].

قال الأبهري: ولا فضل بين أن يقول: (هو حبس صدقة) أو (هو حبس لا[4] يباع ولا يوهب) لأنَّ بعض اللفظ ينوب عن بعضه، كما لو قال: هو وقف[5]؛ لكان وقفًا أبدًا لا يباع ولا يوهب، وكما[6] لو قال: هو وقف لا يباع ولا يوهب، فلا فضل بين أن يذكر ذلك أو يدع ذكره إذا ذكر ما يدلُّ على تحريم إبطاله ونقله عن وجهه، فكذلك هو مثله.

[فيمن قال: مالي حبس صدقة لا يباع ولا يوهب ولا يملك]

(وإن قال: مالي حبس صدقة[7] لا يباع ولا يوهب ولا يملك، أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي توجِبُ التأبيد؛ كان حبسًا أبدًا، ولم يرجع ملكًا له ولا لورثته)[8].

قال الأبهري[9]: وإنما قال ذلك؛ لأنه إذا قال: حبس صدقة لا يباع ولا يورث؛ فقد حرمها وصارت[10] وقفًا أبدًا، كما لو قال: هي وقف، فإذا مات المحبَّس عليهم؛ رجعت

---

(1) ما يقابل كلمة (بين) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (حكم) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) عبارة (ووجه القول بأنه ... ولا يوهب) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

من قوله: (اختلف إذا قال) إلى قوله: (لا يباع ولا يوهب) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 490.

(4) ما يقابل كلمة (لا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (وقف) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (ولا يوهب، وكما) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمة (صدقة) ساقطة من طبعة دار الغرب والعلمية.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 308 و(العلمية): 2/ 357.

(9) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(10) في (م): (فصارت).

إلى عصبة المحبس، فيكون حبسًا عليهم إذا كانوا فقراء، فإن لم يكونوا فقراء؛ كانت على فقراء المسلمين أبدًا.

قال القاضي عبد الوهاب: وهذه الصورة لا يختلف المذهب فيها أنها تكون مؤبَّدة[1].

قال بعض شيوخنا: أما إذا كان ذلك على مجهول من يأتي؛ فلا إشكال، وأما إن كان على معينين؛ فالمشهور من المذهب أنه يكون حبسًا أبدًا.

ولمالك في "العتبية" أنه يرجع ملكًا كالعُمرَى[2].

(ومن حبس حبسًا فلم يقبض[3] منه ولم يخرج من يده حتى مات؛ فهو باطل ويصير ملكًا لورثته)[4].

اعلم أنَّ الحوز شرطٌ في صحة الحبس والوقف، فإن بَقِيَ في يد المحبس وأمكنه أن يخرجه عن يده فلم يفعل حتى مات؛ فهو باطل ويكون ميراثًا، فإن مرض وأراد أن يحوز في مرضه؛ لم يكن له ذلك، ولم يصح حوزه في مرضه[5].

والدليل على ذلك ما رُوي أنَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل [ز: **824**/ ب] عائشة رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقًا، فلم يقبضه حتى مرض مرضه الذي مات فيه، فقال لها: "فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَكِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ"[6].

قال شيخنا: فوجه الحجة من قضية[7] أبي بكر هو أنه إذا كان مرض الموت مبطلًا، فهو في الموت أَوْلَى؛ لأنَّ مرض الموت [م: **306**/ ب] إنما كان مبطلًا؛ لأنه آيل إلى الموت،

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 489.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 311.

(3) في (ز): (يقتضي).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 308 و(العلمية): 2/ 358.

(5) قوله: (اعلم أنَّ الحوز ... في مرضه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3468.

(6) رواه مالك في موطئه: 4/ 1089، في باب ما لا يجوز من النحل، من كتاب الأقضية، برقم (2783).
والطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 88، برقم (5844) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(7) في (ز): (قصة).

ولأنَّ في ذلك طريقًا إلى أن[1] ينتفع الإنسان بماله في حياته، ثم يخرجه عن ورثته بعد وفاته.

فرع:

فلو كان تصرفه في حياته[2] في وجوهه التي حبسه فيها ثم يعود إليه؛ فهل يكون ذلك مبطلًا؟ أم لا[3]؟

فقال مالك في "المدونة" فيمن حبس في صحته ما لا غلة له؛ مثل السلاح، والخيل، والرقيق، فكان يخرجه في وجوه، ثم يرجع[4] إليه؛ فهو نافذ من رأس ماله؛ لأنَّه أخرج ذلك في وجهه، فإن أخرج بعضه وأبقى بعضه، فما أخرج؛ فهو[5] نافذ، وما لم يخرج؛ فهو ميراث.

وأما ما حبس في صحته من حائطٍ أو دارٍ أو[6] شيء له غلة، فكان يكريه، ويفرق غلته كل عام على المساكين، ولم يخرج من يده[7] حتى مات؛ لم يجز؛ لأن هذا غير وصية[8].

قال في "المجموعة" وكتاب محمد: وليس[9] تفرقته للغلة كالسلاح الذي يخرج من يده ويرجع إليه.

قال ابن يونس: يريد: لأنَّ هذه الأشياء انتقلت من[10] يده وأخرجها جميعها، وفي

---

(1) ما يقابل عبارة (طريقًا إلى أن) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (فرع فلو كان تصرفه في حياته) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمتا (أم لا) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(4) في (ز): (رجع).

(5) كلمة (فهو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل عبارة (من حائط أو دار أو) غير قطعي القراءة في (م).

(7) عبارة (يخرج من يده) يقابلها في (ز): (يخرجه).

(8) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 100 و تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 220 و 221.

(9) ما يقابل عبارة (وكتاب محمد: وليس) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في (م): (عن).

الغلة لم يخرج الأصل من يده، وذلك مفترق[1].

[فيمن وقف وقفًا في حال صحته أو مرضه]

(ومن وقف وقفًا[2] في صحته؛ فهو من رأس ماله، ومن[3] وقف وقفًا في مرضه أو وصيته؛ فهو في ثلثه)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك[5] الصحيح لمَّا لم يتعلق عليه حجر لأحد كانت عطاياه وهباته من رأس ماله، والمريض محجور عليه من أجل ورثته، فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته؛ لأنه ليس له أن يخرج عنهم[6] زيادة على الثلث؛ لأنَّ ذلك تعدٍ عما جعل له[7].

[فيمن وقف وقفًا في مرضه على ورثته]

(ومن وقف وقفًا في مرضه أو وصيته على ورثته خاصة دون غيرهم؛ لم يصح وقفه، وكان ملكًا لورثته)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك يجري مجرى وقف الإنسان على نفسه، ووقف الإنسان على نفسه لا يصح، ولأنه يوقف[9] عليهم ملكهم ويمنعهم التصرف فيه، وذلك غير جائز[10].

---

(1) من قوله: (قال في "المجموعة" وكتاب) إلى قوله: (يده، وذلك مفترق) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 318.

(2) ما يقابل كلمة (وقفًا) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (وإن).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 308 و(العلمية): 2/ 358 وما بعدها.

(5) كلمة (ذلك) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (عنه).

(7) قوله: (وإنما قال ذلك ... عما جعل له) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 492.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 308 و 309 و(العلمية): 2/ 360.

(9) ما يقابل كلمتا (ولأنه يوقف) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قوله: (وإنما قال ذلك ... غير جائز) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 493.

قال الأبهري: لأنهم يرثون ذلك عنه، فلا يصح حبس الإنسان الشيء على نفسه، وإنما يصح ذلك على غيره.

[فيمن وقف وقفًا في مرضه على ورثته وغيرهم من الأجانب]

(ومن وقف وقفًا في مرضه على ورثته وغيرهم من الأجانب؛ جاز [وقفه][1] من ثلثه، وقسم بين ورثته والأجانب على ما شرطه، فإذا انقرض ورثته؛ رجع في الوجه الذي جعله بعدهم فيه)[2].

وإنما صحَّ الوقف لأجل الأجانب؛ لأنَّه قد وقف على من يصح الوقف عليه، وهم الأجانب، ولم يُرِد التحجير على الورثة.

قال الأبهري: ولأنَّ أجر الحبس والوقف والصدقة لله ﷻ؛ لأنه [ز: **825**/ أ] يصير للفقراء إذا مات المحبس عليهم، ولأنه في حال الحبس[3] كان فيهم من يجوز التحبيس عليه، ولو أنَّ المريض حبس ماله على ورثته دون غيرهم؛ كان ذلك[4] باطلًا ولهم قسمة ذلك بينهم على كتاب الله ﷻ يبيعونه ويتصرفون فيه؛ لأنه[5] لا يجوز له أن يحبس عليهم ما قد جعله الله ملكًا لهم.

(ومن وقف وقفًا في مرضه على بعض ورثته وعلى أجانب سواهم؛ قسم الوقف بين من وقفه عليهم[6] من ورثته والأجانب[7]، فما أصاب الورثة؛ جعل بين جميعهم من أدخله في الوقف، ومن أخرجه منهم على الفرائض.

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة من طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ **309** و(العلمية): **2**/ **360**.

(3) في (م): (حبسه).

(4) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (لأنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (م): (عليه).

(7) ما يقابل كلمة (والأجانب) غير قطعي القراءة في (م).

فإذا انقرض ورثته الموقوف [م: 307/ أ] عليهم؛ صار الوقف كله لمن جعله له بعد ورثته، فإذا انقرض واحد من ورثته؛ سقط حقه[1]، وصار لمن جعله له بعده)[2].

اعلم أن من وقف وقفًا في مرضه على بعض ورثته وعلى أجانب سواهم؛ قسم الوقف على ورثة الموصي وعلى الأجانب، فما[3] أصاب الورثة؛ دخل فيه سائر الورثة، وقسم بين جميعهم على الفرائض.

قال ابن أبي زيد: لأنَّ من حجة بقية الورثة[4] أن يقولوا: لا بدَّ لنا أن ندخل معكم في تلك المنافع، وليس لوارث أن ينتفع دون وارث معه، وإن كنتم لا تملكون الرقاب، وإنما تملكون المنافع شاركناكم في تلك المنافع[5] حتى يزول ذلك عنكم إلى غير وارث، فلا حجة لنا على غير وارث، وإنما حجتنا على وارث؛ إذ لا وصية له[6].

قال الأبهري: ولأنه لا يجوز للمريض أن يفرد بعض ورثته بشيء يعطيه له دون[7] بعض؛ لأنَّ ذلك يصير وصية لوارث[8]، ولا يجوز إلَّا أن يأذن[9] الورثة؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**»[10]، وإن مات أحد من ورثته[11] الذين لم يدخلهم في الوقف؛ قام وارثه مقامه؛ لأنَّ الورثة الذين لم يحبس عليهم إنما دخلوا مع الورثة الذين حبَّس عليهم في تلك المنافع بطريق التمليك[12] للمنافع، واستحقاق من لم يحبس عليهم لتلك

---

(1) ما يقابل كلمة (حقه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 309 و(العلمية): 2/ 360.

(3) ما يقابل كلمتا (الأجانب، فما) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (الورثة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (في تلك المنافع) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قول ابن أبي زيد لم أقف عليه فيما وصلنا من كتبه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه ابن يونس في جامعه (بتحقيقنا): 10/ 303.

(7) ما يقابل كلمتا (له دون) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (وصية لوارث) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمتا (أن يأذن) يقابلهما في (م): (بإذن).

(10) تقدم تخريجه في كتاب أمهات الأولاد: 106/6.

(11) في (م): (الورثة).

(12) في (ز): (التملك).

المنافع، وإنما كان متعلقًا بزمان[1] استحقاق الورثة المحبس عليهم المنافع[2].

فإذا مات ممن لم يحبس عليهم ومن حبس عليهم أحياء لم ينقرضوا بعد؛ فقد مات عن منافع مملوكة له يستحقها بالمشاركة، والمنافع تتجدد فيرث ورثته ما ترك، ويدخلون مع المحبس عليهم ما داموا أحياء؛ لأنهم ما داموا أحياء فحَقُّ[3] الميت قائم، فإذا انقرض ورثة الموقوف عليهم؛ صار الوقف كله لمن جعله له بعد ورثته.

يريد: وإن بقي أحد من الورثة الذين لم يحبس عليهم.

وسببه[4] هو أن من لم يحبس عليهم من الورثة إنما وصلوا إلى التحبيس، فاستحقوا فيه حقًّا بسبب الورثة المحبس عليهم؛ لأنه لما حبس عليهم تعلق لبقية الورثة حق لمشاركتهم، فإذا انقرض الورثة المحبَّس عليهم؛ سقط حقهم من الحبس، فزال السبب الذي به استحق من لم [ز: **825**/ ب] يحبَّس عليهم، وصار الحبس الحق فيه للغير، وهم الذين جعلهم فيه بعد ورثته.

وإذا انقرض واحد من الورثة الذين باشرهم بالوقف؛ سقط حقه، وصار لمن جعله بعده ولم يورث عنهم، وسيأتي الكلام على هذا الفرع إن شاء الله في مسألة: **(ما إذا حبس على رجلين حياتهما عبدًا أو دابة)**.

[حيازة الأب لوقف ولده الصغير]

(ومن وقف وقفًا على ولدٍ له صغير؛ فحيازته له جائزة إذا لم يتصرف فيه لنفسه، وتَصَرَفَ فيه لولده)[5].

اعلم أن حيازة الوالد لولده الذي في حجره وولايته فيما أوقف عليه أو وهبه أو تصدق به عليه؛ جائزة إذا كان تصرف الوالد لولده.

---

(1) في (ز): (بزمن).

(2) في (م): (للمنافع).

(3) في (ز): (حق).

(4) في (ز): (وصيه).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 309 و(العلمية): 2/ 361 و 362.

قال بعض أصحابنا: ومما يدل على ذلك ما رُوي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: "من نحل ولدًا له صغيرًا لم يبلغ أن يحوز نحلته، فأعلن ذلك وأشهد[1] عليه؛ فهي جائزة، وإن وليَها أبوه"[2]، وهذا إذا ميزَّ ذلك وأشهد عليه.

قال القاضي عبد الوهاب: ولأنه هو القابض له؛ لأن[3] الصغير ليس ممن يصح قبضه [م: **307**/ ب]، فلا بدَّ من قبض قابض له.

وإنما شرطنا أن يشهد على ذلك ويميزه؛ ليثبت ذلك له بغير قول الأب؛ لئلا يتطرق منه إلى الوصية للوارث.

قال القاضي عبد الوهاب: وهذا[4] إذا كان ممن يمكن تعيينه والإشهاد عليه، فأمَّا ما لا يمكن ذلك فيه مما لا يتعين -كالذهب والفضة وسائر الطعام والمكيل والموزون- فلا يصح قبض الأب له؛ لأنه لا[5] يمكن[6] الإشهاد على عينه؛ لأنه لا يتميز للشاهد وقت إقامة الشهادة؛ لجواز أن يكون ما يشهد به غير الذي أشهد عليه، فإن جعلها على يد أجنبي حتى يكون قابضًا لها؛ جاز.

وقال شيخنا أبو بكر: يجوز أن يكون بيد الأب إذا جعلها في شيء[7] وختم عليها وأشهد؛ لأنها حينئذٍ تتميز، ويمكن الشهادة عليها، فيكون كالثوب والعبد، وما يتميز عينُه[8].

(فإن تصرف الوالد لنفسه واتصل ذلك حتى مات الأب؛ بطل ورجع ميراثًا لورثته)، وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته، ثم يخرجه عن بعض ورثته بعد

---

(1) ما يقابل كلمتا (ذلك وأشهد) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (ومما يدل على ذلك... وإن وليها أبوه) بنحوه في موطأ مالك: **4**/ **1120** و **1121**.

(3) في (م): (إذ).

(4) ما يقابل عبارة (قال القاضي عبد الوهاب: وهذا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (لا) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (ز): (يتمكن).

(7) ما يقابل عبارة (جعلها في شيء) غير قطعي القراءة في (م).

(8) المعونة، لعبد الوهاب: **2**/ **498**.

موته(1).

(ومن حبس عبدًا أو دابة على رجلين حياتهما، ثم جَعَلَهما[2] في وجه آخر بعد وفاتهما، فمات أحد الرجلين؛ رجع نصيبه على الآخر، فإن ماتا جميعًا؛ رجع في الوجه الذي جعله فيه بعدهما.

وقد قيل: يرجع نصيب الميت منهما في[3] الوجه الثاني بعده[4]، ولا يرجع نصيبه على الرجل الآخر.

وإن حبس عليهما غلة أو ثمرة أو شيئًا مما يتجزأ أو ينقسم[5] فمات أحدهما؛ لم يرجع نصيبه على صاحبه، ورجع في الوجه الآخر.

وإن حبس عليهما مسكنًا؛ فهو على وجهين:

إن حبسه عليهما للسكنى[6]؛ كان كما ذكرناه في العبد والدابة.

وإن حبسه [ز: 826/ أ] عليهما ليستغلاه؛ كان كما ذكرناه فيما يتجزأ وينقسم)[7].

اعلم أنَّ من حبس على رجلين شيئًا حياتهما، ثم جعله في وجه آخر بعد وفاتهما، فمات أحدهما، فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ وينقسم كالغلة؛ فإن حصة الميت تكون في الوجه الذي جُعلت فيه بعد انقراضهما، ولا ترجع على من بقي من أهل الحبس، وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يختدم والدابة تركب؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنه كالذي ينقسم.

والأخرى أنه ترجع حصة[8] من مات من أهل الوقف على من بَقِيَ منهم، فإذا

---

(1) قوله: (لأنَّ ذلك ذريعة إلى أن ينتفع ... بعد موته) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 492.

(2) في (م) و (ز) : (جعله) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (م): (على).

(4) في (م): (بعدها).

(5) كلمتا (أو ينقسم) يقابلهما في (م): (وينقسم).

(6) في (م): (ليسكن).

(7) كلمة (وينقسم) يقابلها في (ز): (أو ينقسم). التفريع (الغرب): 2/ 309 و(العلمية): 2/ 364.

(8) كلمتا (ترجع حصة) يقابلهما في (ز): (ترجع من حصة).

انقرض جميعهم؛ جعل في الوجه الذي جعله بعدهم[1].

وإنما قلنا: إنه إن كان مما يتجزأ وينقسم؛ فإن حصة الميت لا تعود إلى من بقي من أهل الحبس؛ لأنَّ حق كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق له به، وكان[2] موته في وجوب عود نصيبه إلى مَن بعده، كموت الجميع[3].

قال الباجي: ولأنَّ كونه مما ينقسم يقتضي اختصاص كل واحد منهم بحصته، وذلك يمنع رجوع حصته إلى إشراكه، ويوجب انقطاع حكم الحبس الأول بموته[4] ورجوعه إلى من بعده[5].

ووجه قوله: (**فيما لا ينقسم**) أنَّ حصة الميت لا تعود إلى من معه اعتبارًا بما ينقسم؛ لأنَّ تحبيسَه عليهما دليل على أنه قصد أنَّ كل واحد منهما ينتفع بنصف المحبس عليهما.

ووجه قوله [م: **308**/ أ]: (**إنها تعود إلى من معه في الحبس**) هو أنَّ الضرورة تحصل[6] في ذلك بالمشاركة، خلاف المتميز.

قال الأبهري: فكأنه جعل الخدمة لهم كلهم ما دام واحد منهما باقيًا كانت الخدمة له[7].

قال الباجي: ولأنَّ جميعهم في لفظ[8] الحبس، والتشريك بينهم فيه يقتضي أن يكون لمن يستحق[9] الاسم[10] ....

---

(1) في (ز): (بعده) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(2) في (م): (فكان).

(3) من قوله: (اعلم أنَّ من حبس) إلى قوله: (بعده، كموت الجميع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 493** و **494**.

(4) كلمتا (الأول بموته) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) انظر: المنتقى، للباجي: **8/ 41**.

(6) ما يقابل عبارة (هو أن الضرورة تحصل) غير قطعي القراءة في (م).

(7) عبارة (لهم كلهم ما... الخدمة له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (ز): (لفظة).

(9) ما يقابل عبارة (بينهم فيه يقتضي أن يكون لمن يستحق) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمتا (يستحق الاسم) يقابلهما في (ز) و (م): (يستحق لهم الاسم).

ويتناوله حتى ينقرضوا[1].

[في موت الساكن قبل انقضاء أجل السكن]

(ومن أسكن رجلًا مسكنًا إلى أجل، فمات الساكن[2] قبل الأجل؛ فذلك لورثته إلى تمام[3] أجله)[4].

اعلم أن من أسكن رجلًا مسكنًا إلى أجل معلوم[5]؛ فقد ملَّك المسكن الانتفاعَ بالدار المدة المعلومة، وليس للمالك الرجوع في ذلك[6].

قال الأبهري: لقوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْوَالِدَ فيما يهبُ لِوَلَدِهِ**»[7]، ولأنه قد ملكه منفعة المسكن أجلًا معلومًا، وذلك فِعل خير وقربة إلى الله ﷻ، ومعروف فَعَله؛ فليس له الرجوع في ذلك، كما لا يجوز له الرجوع في الصدقة.

وقد رَوى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»[8]، فلمَّا لم يجز له أن يرجع في رقبة المسكن إذا تصدَّق به؛ فكذلك لا يجوز له أن يرجع في منفعته إذا جعلها لغيره مدةً ما دون [أن][9] تنقضي المدة.

فإن مات الساكن قبل الأجل؛ انتقلت السكنى لورثته إلى تمام المدة المعلومة؛ لأنه

---

(1) المنتقى، للباجي: 8/ 41.

(2) ما يقابل عبارة (مسكنًا إلى أجل، فمات الساكن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمة (تمام) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 310 و(العلمية): 2/ 365.

(5) كلمتا (أجل معلوم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بها (ز).

(6) قوله: (من أسكن رجلًا مسكنًا إلى أجل ... في ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 494.

(7) رواه أحمد في مسنده، برقم (6705) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

والطحاوي في شرح مشكل الآثار: 13/ 63، برقم (5064).

والطبراني في الكبير: 11/ 16، برقم (10892) كلاهما بألفاظ متقاربة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(8) تقدم تخريجه في أول كتاب العارية: 7/457.

(9) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

قد مات عن حقٍّ له يصح الإرث في نوعه، فورثه[1] ورثته، كما لو كان على معاوضة معلومة[2].

وقيد بالنوع احترازًا من الوطء، فإنه لا يصح[3] [ز: **826**/ ب] الإرث فيه[4].

[في موت الموصَى له بالنفقة إلى مدة قبل تمام أجل الوصية]

(ومن أوصى بنفقة على رجل [إلى][5] مدة[6] فمات قبل تمامها؛ لم يكن لورثته شيء من نفقته)[7].

اعلم أنَّ من أوصى بنفقة على رجل، فإن الوصية على ثلاثة أوجه:

إما أن يسمِّي السنين[8]، أو حياته، أو يطلق الوصية، فلا يذكر سنين ولا حياة[9].

فإن سمَّى السنين؛ أنفق عليها إلى تمامها، فإن مات قبل انقضائها؛ لم يكن لورثته شيء من نفقته؛ لأنَّ الموصِي لم[10] يقصد بالوصية؛ إلا نفقة ذلك الشخص بعينه لا نفقة وارثه.

قال الأبهري: ولأنه لم يرد تمليكه جملة النفقة، وإنما أراد أن ينفق عليه عشر سنين شيئًا بعد شيء من مال الموصي؛ فإذا مات قبل انقضاء المدة؛ رجعت إلى ورثة

---

(1) في (ز): (فورثته).

(2) كلمة (معلومة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) في (ز): (يجوز).

(4) قوله: (فإن مات الساكن قبل... الإرث فيه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 494**.

(5) كلمة (إلى) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(6) كلمة (مدة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 310** و(العلمية): **2/ 365**.

(8) ما يقابل كلمة (السنين) غير قطعي القراءة في (م).

(9) قوله: (اعلم أنَّ من... يذكر سنين ولا حياة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3634**.

(10) كلمتا (الموصي لم) يقابلهما في (ز): (الموصي له لم).

الموصي[1]؛ لأنها على ملكه لا على ملك الموصى له بالنفقة عليه[2].

قال بعض شيوخنا: والفرق[3] بين النفقة والسكنى أنَّ النفقة إنما قصد بها الرفق بنفس المنفق عليه، والقيام بأوده، فهو أمر لا يتعدَّاه؛ بخلاف السكنى، فإن المقصود منها[4] الرفق بالمُسْكِنِ في أحواله والتوسعة عليه[5] في دنياه، يدل على ذلك أن له بيع ذلك من غيره، أو يسكِّن[6] غيره.

وإذا كان كذلك، فكأنَّه[7] قصَدَ أن يجعل السكنى مالًا[8] من أمواله فيورث عنه، بخلاف النفقة، فإن المقصود بها قيام بينة[9] المنفق عليه.

وأيضًا فإن النفقة إنما تجب في الأصل يومًا بيوم.

دليله نفقة الزوجة والسكنى من جنس ما يجب إلى انقضاء وقت الوجوب؛ ألا ترى أن الرجل لما تزوَّج المرأة فقد التزم سكناها [م: **308**/ ب] ونفقتها ما دامت في العصمة، فإذا مات انقطعت نفقتها لمَّا كانت واجبة[10] يومًا بيوم، ولم تنقطع سكناها حتى تنقضي العدة، فلما كان الجنسان مختلفين؛ أجري كل واحد على ما هو[11] من جنسه.

فإن أطلق الوصية؛ كان محملها على حياة المنفق عليه.

---

(1) عبارة (فإذا مات قبل ... ورثة الموصي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) كلمتا (بالنفقة عليه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) ما يقابل كلمة (والفرق) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمة (منها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) في (ز): (ليسكن).

(7) في (م): (فإنه).

(8) ما يقابل كلمتا (السكنى مالًا) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (بينه) وما يقابل كلمتا (قيام بنية) مطموس في (م).

(10) ما يقابل عبارة (نفقتها لما كانت واجبة) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل كلمة (هو) غير قطعي القراءة في (م).

واختلف إذا قال: حياته، في حدِّ التعمير؛ فقيل[1]: سبعين سنة، وقيل: ثمانين سنة، وقيل: تسعين سنة[2] وقيل: مائة[3].

[فيمن حبس عقارًا فخرب، أو حيوانًا فكبر وهرم]

(ومن حبس عقارًا فخرب؛ لم يجز بيعه، ومن حبس حيوانًا فَكَبَرَ وَهَـرِمَ؛ فلا بأس ببيعه واستبدال مثله.

وقال عبد الملك: لا يجوز بيعه؛ اعتبارًا بالعقار)[4].

اعلم أنه لا يجوز بيع الحبس من الدور والأرضين، وإن خرجت الدور وصارت عرصة.

قال مالك: فإن بيع؛ فسخ البيع.

وقال سحنون: ولم يُجِزْ أصحابنا بيع الحبس بحال؛ إلَّا دارًا بجوار مسجد احتيج[5] إليها أن تُضافَ فيه ليُوَسَّعَ[6] بها، فأجازوا ذلك، ويشتروا بثمنها ما يكون حبسًا، وقد أدخل في مسجد النبي ﷺ دور حبس كانت تليه.

قال ابن القاسم: من غير أن يقضى عليهم.

وقال مالك: يقضى عليهم أن يشتروا بثمنها مثلها، بخلاف [ز: 827/ أ] الاستحقاق، فإنه يصنع به ما شاء؛ لأنه لم يحبس الثمن، وإنما حبس شيئًا بعينه، فاستحق[7].

---

(1) ما يقابل كلمة (فقيل) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (وقيل: ثمانين سنة، وقيل: تسعين سنة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (فإن أطلق الوصية؛ كان ... وقيل: مائة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3634.

(4) ما يقابل عبارة (وقال عبد الملك: لا ... اعتبارًا بالعقار) غير قطعي القراءة في (م).

والتفريع (الغرب): 2/ 310 و(العلمية): 2/ 365.

(5) ما يقابل عبارة (دارًا بجوار مسجد احتيج) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (م): (ليتوسع).

(7) من قوله: (اعلم أنه لا يجوز) إلى قوله: (شيئًا بعينه، فاستحق) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: =

قال عبد الوهاب: لأنَّ في بيعه إبطالًا لشرط الواقف وحلًّا[1] لما عقده، وذلك غير جائز[2].

قال الأبهري: ولأنَّ الخراب قد يجوز أن ينتفع به بوجهٍ ما، فلا يجوز بيعه ولا نقله عمَّا جُعل له.

قال الباجي: ولأنَّ ما لا[3] ينقل الحبس عن مقتضاه إذا لم يخرب؛ فإنه لا ينقله عن مقتضاه وإن خرب كالغصب[4].

ولأنَّ في بيعِهِ إبطال حق من جُعل له فيه حقٌّ بعد هذا، ولا سبيل إلى ذلك[5]، وبقاء أحباس السلف خرابًا دليل على أن بيعها غير مستقيم[6].

قال مالك: وما ضعف من الدواب المحبسة حتى صارت لا قوة فيها[7] على الغزو؛ فإنها تباع ويشترى بثمنها ما ينتفع به من الخيل، فإن لم يكن في ثمنها ما يشترى[8] به؛ فتجعل في السبيل.

قال ابن القاسم: فإن لم تبلغ ثمن[9] فرس أو هجين أو برذون؛ أعين بذلك في ثمن فرس.

قال ابن القاسم: وأما الثياب إذا بليت؛ فليشترى بثمنها ثياب ينتفع بها، فإن لم تبلغ؛

= 12/ 83 و84.

(1) في (م) و(ز): (خلافًا) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(2) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 486.

(3) كلمة (لا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في منتقى الباجي.

(4) المنتقى، للباجي: 8/ 47.

(5) قوله: (ولأنَّ في بيعه إبطال حق من ... إلى ذلك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 486.

(6) قوله: (وبقاء أحباس السلف خرابًا دليل على أن بيعها غير مستقيم) بنحوه في الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 588.

(7) في (ز): (لها).

(8) عبارة (بثمنها ما ينتفع ... ما يشترى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) عبارة (فتجعل في... فإن لم تبلغ ثمن) ساقطة من (م) و(ز) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

تصدق بها في السبيل[1].

قال عبد الحق: لا فرق بين ثمن الفرس وثمن الثياب[2] إذا لم تبلغ الثمن؛ شُورِك به في الثياب كالفرس، وإذا لم يوجد في المسألتين من يشارك؛ تصدق بالثمن.

وإنما فرق بينهما في[3] الكتاب؛ لافتراق السؤال، فتكلم في مسألة الفرس إذا وجد من يشارك، وفي مسألة الثياب إذا لم يجد من يشارك، والله أعلم[4].

قال عياض في "تنبيهاته": وقيل: بل المقصود في الخيل المنفعة بها في[5] الغزو لا للغزاة[6]، فجعلت أثمانها في مثلها، والثياب المنفعة بها للغزاة، فإذا بليت ولم ينتفع بها الغزاة[7] بنفسها؛ أعطيت أثمان[8] ما بيع من خلَّفها لهم ينتفعون به عوضًا عنها[9].

وقال عبد الملك: لا يجوز بيعه.

فوجه قول ابن القاسم[10] هو أنَّه إذا لم يبقَ فيه منفعة لم يكن في تبقيته فائدة، إلَّا تعريضه للتلف، وذلك غير جائز؛ لأنَّ إضاعة المال منهي عنها، ومتى بيع هذا الفرس الذي قد كلب، أو دخله عيب في قوائمه، ولم يمكن[11] القتال عليه؛ أمكن أن ينتفع به

---

(1) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 99 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 214.

(2) كلمتا (وثمن الثياب) يقابلهما في (ز): (والثياب).

(3) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(4) النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 253.

(5) عبارة (المنفعة بها في) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في تنبيهات عياض.

(6) في (ز): (الغزاة).

(7) كلمة (الغزاة) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمة (أثمان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في تنبيهات عياض.

(9) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 5/ 2601.

(10) ما يقابل كلمتا (ابن القاسم) غير قطعي القراءة في (م).

(11) في (ز): (يكن) ولعل الصواب ما أثبتناه.

و ما يقابل كلمتا (ولم يمكن) غير قطعي القراءة في (م).

مشتريه[1] في غير ذلك الوجه، بأن يطحن عليه، [أو يعمل عليه][2] وينتفع بثمنه في غيره، فكان ذلك أَوْلَى من إضاعته[3].

ومما يدل على ذلك ما رُوي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حمل على فرس في سبيل الله، فخبث [م: 309/ أ] فبيع فنهاه رسول الله ﷺ عن شرائه؛ لئلا[4] يكون عائدًا في صدقته، ولم ينه غيره[5].

ووجه قول عبد الملك هو أنها عين أبِّد حبسها، فلم يجز بيعها كالعقار[6].

قال الباجي: والفرق بين الرباع وبين غيرها على المشهور هو أن سائر الثياب البالية يصيبها التلف ولا يرجى عودها إلى ما كانت عليه، وليس كذلك الرباع بعد الخراب[7].

[حبس الخيل في سبيل الله]

(ولا بأس بحبس الخيل في سبيل الله تعالى، وقد اختُلِفَ في حبس غير الخيل من الحيوان[8]، فكرهه مرة، وأجازه أخرى)[9].

---

(1) ما يقابل عبارة (ينتفع به مشتريه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (أو يعمل عليه) زائدة من معونة عبد الوهاب.

(3) من قوله: (وقال عبد الملك: لا) إلى قوله: (أَوْلَى من إضاعته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 487.

(4) ما يقابل عبارة (عن شرائه؛ لئلا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 2/ 401، في باب اشتراء الصدقة، والعود فيها، من كتاب الزكاة، برقم (294).

والبخاري: 4/ 58، في باب إذا حمل على فرس فرآها تباع، من كتاب الجهاد والسير، برقم (3002).

ومسلم: 3/ 1240، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم (1621) جميعهم بألفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(6) قوله: (ووجه قول عبد الملك... يجز بيعها كالعقار) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 487.

(7) عبارة (قال الباجي... الرباع بعد الخراب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

انظر: المنتقى، للباجي: 8/ 47.

(8) الجار والمجرور (من الحيوان) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 310 و(العلمية): 2/ 366.

والأصل في جواز حبس الخيل ما رُوي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من حبس فرسًا في سبيل** [ز: 827/ ب] **الله تصديقًا بوعده؛ كان شبعه وريه في ميزانه**[1] **يوم القيامة**» أخرجه البخاري ومسلم[2].

فأمَّا غير الخيل من الحيوان[3]؛ فكره ذلك مالك[4] مرة، وأجازه أخرى[5].

فوجه القول بالجواز[6]: ما رُوي أنَّ "خالدًا رضي الله عنه حبس أدراعه وأعبده في سبيل الله"[7]، يعني: بذلك آلة الحرب وعدتها، ورُوي أن أبا معقل أوقف بعيرًا له، فلم ينكره ذلك عليه رسول الله ﷺ[8]، ولأنَّ معنى الحبس حبس الرقاب عن البيع، وصرف منافعها فيما أوقفت فيه، فكان الحكم المساواة في ذلك بين الرباع وغيرها[9].

---

(1) ما يقابل كلمة (ميزانه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) لم أقف عليه عند مسلم، ورواه البخاري: 4/ 28، في باب من احتبس فرسًا في سبيل الله، من كتاب الجهاد والسير، برقم (2853) عن أبي هريرة رضي الله عنه، ولفظه: «مَنِ احْتَبَسَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللهِ إِيمَانًا بِاللهِ وَتَصْدِيقًا بِوَعْدِهِ، فَإِنَّ شِبَعَهُ وَرِيَّهُ وَرَوْثَهُ وَبَوْلَهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».

(3) كلمتا (الخيل من الحيوان) يقابلهما في (ز): (الحيوان من الخيل) بتقديم وتأخير.

(4) كلمتا (ذلك مالك) يقابلهما في (م): (مالك ذلك) بتقديم وتأخير.

(5) قوله: (فأمَّا غير الخيل... وأجازه أخرى) بنصِّه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 1020.

(6) كلمتا (القول بالجواز) يقابلهما في (م): (الجواز).

(7) رواه عبد الرزاق في مصنفه: 4/ 18، برقم (6826) عن أبي هريرة، ولفظه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَدَّبَ النَّاسَ فِي الصَّدَقَةِ فَأُتِيَ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللهِ هَذَا أَبُو جَهْمِ بْنُ حُذَيفَةَ وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ وَعَبَّاسٌ عَمُّ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَدْ مَنَعُوا الصَّدَقَةَ، فَقَالَ: «مَا يَنْقِمُ ابْنُ جَمِيلٍ مِنَّا إِلَّا أَنَّهُ كَانَ فَقِيرًا، فَأَغْنَاهُ اللهُ وَرَسُولُهُ، وَأَمَّا خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ فَحَبَسَ أَدْرَاعَهُ، وَاعْتَدَّهُ فِي سَبِيلِ اللهِ، وَأَمَّا عَبَّاسٌ عَمُّ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَهِيَ عَلَيْهِ وَمِثْلُهَا مَعَهَا».

(8) رواه الحاكم في مستدركه: 1/ 656، في كتاب المناسك، برقم (1774) عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، ولفظه: أَرْسَلَ مَرْوَانُ إِلَى أُمِّ مَعْقِلٍ لِيَسْأَلَهَا، عَنْ هَذَا الْحَدِيثِ، فَحَدَّثَتْ أَنَّ زَوْجَهَا جَعَلَ بَكْرًا فِي سَبِيلِ اللهِ وَأَنَّهَا أَرَادَتِ الْعُمْرَةَ، فَسَأَلَتْ زَوْجَهَا الْبَكْرَ فَأَبَى عَلَيْهَا، فَأَتَتْ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُعْطِيَهَا، وَقَالَ: «إِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللهِ، وَإِنَّ عُمْرَةً فِي رَمَضَانَ تَعْدِلُ حَجَّةً» أَوْ «تُجْزِئُ بِحَجَّةٍ»، - بإسناد قال عنه: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه -.

(9) قوله: (ولأنَّ معنى الحبس... بين الرباع وغيرها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3435.

ووجه المنع هو أنَّ الحبس والوقف إنما يراد للتأبيد؛ فذلك لا يمكن إلَّا في العقار، فلم يجز في غيره مما يتغير ولا يدوم[1].

[زكاة الأحباس]

(ومن حبس ماشية؛ فالزكاة واجبة فيها[2] إذا كانت نصابًا، وكذلك من حبس ثمرة؛ أخذت منها الزكاة)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الزكاة في أعيانهما.

قال بعض علمائنا: ولا يختلف أصحابنا في وجوب الزكاة في الماشية، وأما الثمار المحبسة؛ فهي مختلف فيها.

قال: وسببه أن رقاب الماشية ليست[4] للمساكين، وإنما لهم المنفعة، والماشية على ملك مُوقفها، وتفارق الثمرة على قول بعضهم من حيث أنَّ الثمرة هي المصروفة للمساكين المستحقة لهم، وإنما وزان رقاب الماشية عين الحائط دون الثمرة، وإنما الثمرة غلة يستحقها المساكين؛ فجاز أن يختلف حكمها باختلاف حال[5] مستحقها.

قال: ووجه المذهب في الماشية والثمار هو أنَّ الوقف مِلكُ عينه باقٍ على ملك المُوقِف؛ ولهذا إذا مات المُوقف عليه لانتقل عنه الوقف لورثته.

فإذا ثبت هذا، فإن جميع ذلك باق على ملك الموقف، وإذا كان باق على ملك الموقف[6]؛ وجبت الزكاة فيهما.

فإن قيل: فالميت ليس بمكلف، فكيف يزكى عنه؟

---

(1) قوله: (ووجه المنع: هو ... ولا يدوم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 485 و486.

(2) كلمتا (واجبة فيها) يقابلهما في (م): (فيها واجبة) بتقديم وتأخير.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 310 و311 و(العلمية): 2/ 366 و367.

(4) ما يقابل كلمتا (الماشية ليست) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمة (حال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) عبارة (وإذا كان باق على ملك الموقف) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

قلنا: إذا ثبت حكم ملكه، فليس من شرط الزكاة أن يكون المالك مكلفًا؛ إذ تجب الزكاة عندنا[1] في أموال الصبيان والمجانين.

فإن قيل: إذا كان الوقف على المساكين، والزكاة مصرفها للمساكين، فما فائدة أخذها عنهم، وهي تصرف لهم؟

قلنا: الزكاة يستحقها أصناف عدَّة غير المساكين المحبَّس عليهم[2]، فلم يختص صرفها بأهل الحبس، وذلك بمثابة من معه خمسة[3] من الإبل وعليه دين يغترقها[4] وهو محتاج، فإنه يأخذ الزكاة ولا[5] يترك له زكاة ما معه.

قال شيخنا: والصحيح عندي في التوجيه لكلام صاحب الكتاب: هو أنَّ الماشية باقية على ملك موقفها؛ إذ المحبَّس إنما هو درها وصوفها، [م: **309**/ ب] ولا زكاة في ذلك حتى يُباع ويستقبل بثمنه حول، والزكاة[6] إنما[7] هي واجبة فيما هو باق على ملك ربه، وهو رقاب الغنم.

وأمَّا [ز: **828**/ أ] الثمار، فهي -أيضًا- موقوفة على ملك ربها لا[8] تنتقل إلى ملك الفقراء إلَّا بالقبض.

ومما يدل على ذلك أن النفقة على الثمرة والسقي والعلاج والجذاذ إنما هو على ربِّ الحائط، وعليه أن يسلم لهم الثمرة مجذوذة، فتصرّفه فيها دليل على أنها باقية على مِلك ربها، ولا بُعْدَ في[9] أن يكون الرجل مالكًا لشيء ولا يقدر على التصرف فيه؛ للحق

---

(1) كلمتا (الزكاة عندنا) ساقطتان من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمتا (المحبس عليهم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(3) ما يقابل كلمتا (معه خمسة) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (يستغرقها).

(5) في (م): (ثم).

(6) ما يقابل كلمتا (حول، والزكاة) غير قطعي القراءة في (م).

(7) كلمة (إنما) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) ما يقابل عبارة (موقوفة على ملك ربها لا) غير قطعي القراءة في (م).

(9) حرف الجر (في) ساقط من (م) وقد انفردت بها (ز).

الثابت عليه فيه.

[فيمن حبس دارًا وظل ساكنًا بيتًا منها]

(من حبس دارًا فسكن منها[1] بيتًا أو ما أشبهه؛ جازت كلها؛ ما سكنه وما[2] لم يسكنه.

وإن سكن كثيرًا منها؛ بطلت كلها؛ ما سكنه منها وما لم يسكنه.

وكذلك لو حبس دورًا عدة، فسكن يسيرًا منها؛ جازت كلها، ما سكنه وما لم يسكنه.

وإن سكن كثيرًا منها؛ بطلت كلها، ما سكنه منها وما لم يسكنه[3].

وقال ابن القاسم: يبطل ما سكنه، قليلًا كان أو كثيرًا، ويجوز وينفذ ما لم يسكنه قليلًا كان أو كثيرًا)[4].

اعلم أنَّ من حبس دارًا فسكن بيتًا صغيرًا، أو شيئًا يسيرًا منها، أو دورًا عدة، فسكن دارًا منها وهي يسيرة؛ جاز الحبس كله ما سكن وما لم يسكن، وإن سكن أكثرها؛ بطل[5] جميعها ما سكنه وما لم يسكنه.

وقال ابن القاسم: يجوز ما لم يسكنه ويبطل ما سكنه، ولم يفرِّق بين القليل والكثير.

وقيل: يبطل الجميع.

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان الذي سكن يسيرًا هو ما احتجَّ به مالك لنفسه[6].

قال: "وقد حبس زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر دارَيْهما وسكنا من ذلك منزلًا حتى ماتا، فنفذ حبسهما فيما سكنا، وما لم يسكنا"[7].

---

(1) في (ز): (فيها).

(2) ما يقابل عبارة (جازت كلها، ما سكنه وما) غير قطعي القراءة في (م).

(3) عبارة (وإن سكن كثيرًا... يسكنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 311 و(العلمية): 2/ 367.

(5) في (ز): (بطلت).

(6) من قوله: (اعلم أنَّ من حبس) إلى قوله: (هو ما احتج به مالك لنفسه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 495.

(7) عبارة (وما لم يسكنا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

=

ولأنَّ ذلك لا تهمة فيه أن يكون أراد[1] الانتفاع بماله حياته، وصرفه عن ذريته بعد موته؛ لأنَّ القدْر الذي انتفع به يسير الخطب؛ كاللبن يشتريه من غنم يحبسها، أو التمر اليسير يأكله من حائط يحبسه[2].

وإن سكن أكثر الحبس؛ بطل ما سكنه وما لم يسكنه؛ لأنَّه لا يجوز للمحبس أن يلي الحبس[3] حياته ينتفع به، ثم يخرجه إلى بعض ورثته دون بعض، أو إلى أجنبيٍّ من جملة ماله؛ لأنَّ في ذلك إضرارًا بورثته، وفِعْل ما لا يجوز له فعله.

قال الأبهري: لأنَّ الذي يجوز له من ذلك هو الثلث إذا أخرجه، فأمَّا إذا لم يخرجه؛ بل جعله على جهة الإزواء من جملة المال؛ لم يجز ذلك من رأس المال ولا من الثلث؛ لأنَّه لم يرد أن يكون من الثلث، وبطل أن يكون من رأس المال، فكان ميراثًا بين[4] ورثته على كتاب الله ﷻ.

وإن سكن يسيرًا؛ جاز؛ لأن غرضه في السكن[5] كذلك حفظ الدور لا الانتفاع بالحبس حياته، ثم إخراجه بعده عن ورثته.

ومن "النوادر" قال ابن القاسم: وإن سكن قدر الثلث فأقل؛ جاز الجميع، وإن سكن جلها؛ بطل الجميع.

قال: وإن كانت دورًا فسكن واحدة منها ليست جلها، وهي خفيفة؛ فالحبس كله نافذ[6]، وإن كانت جل ذلك؛ بطل [م: **310**/ أ] الجميع.

وقال في باب بعد هذا [ز: **828**/ ب]: وإن كانت جل الدور في القدر؛ بطل الجميع[7].

= قوله: (قال: وقد حبس زيد...وما لم يسكنا) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 337**.

(1) في (ز): (أرى)، ولعل ما أثبتناه أصوب.

(2) قوله: (ولأنَّ ذلك لا تهمة... من حائط يحبسه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 495**.

(3) ما يقابل كلمة (الحبس) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (من).

(5) الجار والمجرور (في السكن) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(6) كلمتا (كله نافذ) يقابلهما في (م): (نافذ كله) بتقديم وتأخير.

(7) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 115**.

قال بعض شيوخنا: وهذا يدل أنه إنما يراعى الأكثر والأقل[1] بالنظر إلى القيمة، فإن كانت أقل من ثلث قيمة ما حبس؛ مضى، وإن كانت[2] أكثر من ثلثه؛ بطل الجميع.

ووجه القول بأنه يبطل ما سكن وينفذ ما لم يسكن هو أن ما سكن لم يحز عنه، فلم ينفذ حبسه لعدم حوزه، وما لم يسكنه فقد حيز عنه؛ فوجب نفوذ الحبس فيه.

ووجه منع الجميع هو أن الحبس لمَّا كان واحدًا بطل جميعه ببطلان بعضه؛ لأنه غير متبعض[3].

وبالله التوفيق.



(1) ما يقابل كلمة (والأقل) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (كان).

(3) قوله: (ووجه القول بأنه يبطل ... غير متبعض) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 495.

كتاب الصدقة والهبة وأحكامها

(والصدقة لازمة بالقول، وتمامها بالقبض)[1].

اعلم أنَّ الصدقة عقد لازم من غير قبضٍ، والقبض شرط في نفوذها وتمامها، وليس للمتصدِّق رجوع فيها، ويلزمه أن يدفعها للمتصدَّق عليه إذا طالبه بها، ويجبر على ذلك من امتنع منه.

وقال أبو حنيفة[2]، والشافعي[3]: لا تنعقد إلَّا بالقبض، وما لم تقبض؛ فهي جائزة غير لازمة.

والأصل في لزومها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ الآية [المائدة: 1].

وقال ﷺ: «**الرَّاجِعِ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**»[4]، والقيء حرام، ولم يفرِّق بين الرجوع قبل القبض أو بعده، ولأنها[5] عقد من العقود، فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها[6] إلى قبض كالوصية[7].

قال ابن رشد: ولأنَّ الصدقة والهبة لو لم تنعقد بالقول لما لزما بالقبض؛ إذ القبض لا بدَّ أن يكون تاليًا لعقد متقدم، ومتى لم يكن تاليًا لعقد متقدم؛ لم يوجب حكمًا

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 311 و(العلمية): 2/ 367.

(2) قول أبي حنيفة بنحوه في متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، لبرهان الدين أبي الحسن: 1/ 185.

(3) انظر: الأم، للشافعي: 7/ 120.

(4) رواه الطبراني في الكبير: 10/ 290، برقم (10694).

وأصله متفق على صحته، رواه البخاري: 9/ 27، في باب الهبة والشفعة، من كتاب الحيل، برقم (6975).

ومسلم: 3/ 1241، في باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، من كتاب الهبات، برقم (1622) جميعهم بألفاظ متقاربة عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) في (ز): (ولأنه).

(6) في (ز): (انعقاده).

(7) قوله: (اعلم أنَّ الصدقة) إلى قوله: (إلى قبض كالوصية) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 497 و498.

[بانفراده][1].

قال الأبهري: وكل ملك ينتقل بالاختيار من مالكه، فإنه ينتقل بالقول[2].

أصله: العتق والبيع والإجارة والوصية.

[موت المتصدِّق قبل إخراج الصدقة]

(ومن تصدَّق بصدقة وهو صحيح، ثم مات قبل إخراجها؛ فهي باطلة.

وإن كان مريضًا؛ فهي جائزة من ثلثه، وإن مات المتصدَّق عليه؛ فورثته بمنزلته)[3].

اعلم أن من تصدَّق بصدقته[4] وهو صحيح فلم يقبض منه حتى مرض؛ لم يجز للمتصدَّق عليه قبضها في مرضه؛ لأنه تعلق بها[5] حق للورثة، فإن مات كانت ميراثًا.

ومما يدل على ذلك ما رُوي أنَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه[6] نحل ابنته عائشة رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال لها: "إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا، فلو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو الآن مال وارث"[7].

وجه الحجة منه أنه إذا كان حظها ينقطع بالمرض المخوف عليه، فأَوْلَى أن ينقطع بالموت.

قال القاضي عبد الوهاب: ولأنَّ ذلك طريق إلى أن ينتفع الإنسان [ز: **829**/ أ] بماله

---

(1) كلمة (بانفراده) ساقطة من (م) و(ز) وقد أتينا بها من مقدمات ابن رشد.

و المقدمات الممهدات، لابن رشد: **2/ 409**.

(2) في (م): (بالقبول).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 311** و(العلمية): **2/ 367**.

(4) كلمة (بصدقته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل كلمة (بها) غير قطعي القراءة في (م).

(6) عبارة (أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه) يقابلها في (م): (عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه).

(7) تقدم تخريجه فيمن قال: مالي حبس صدقة لا يباع ولا يوهب ولا يملك من كتاب الوقف والحبس: **387/9**.

حياته، ويخرجه عن ورثته بعد وفاته، ولا ينفع الحجر[1] شيئًا[2].

واختُلِف إذا كان المرض بقُرب الصدقة؛ هل يخرج من رأس المال أم لا؟

فقال مالك: إن لم يفرط[3] في القبض؛ كانت من رأس المال، وإن فرط؛ لم يخرج من رأس المال.

قال ابن القاسم: ولا من الثلث.

قال اللخمي: وقد قال مالك في كتاب العتق [م: **310**/ ب] فيمن أعتق نصيبًا من عبد، فيُقَيَّم عليه في المرض أنه يُقَوَّم في ثلثه[4]، فعلى[5] هذا تخرج الصدقة من[6] ثلثه.

واختُلِفَ إذا لم يقيم عليه حتى مات بفور الصدقة؛ فقيل: يسقط جميعًا، وقيل: تصح[7] من رأس المال، فإن فرَّط حتى مات؛ لم تصح من ثلث ولا من رأس مال.

قال ابن المواز: فلم يخرج من الثلث؛ لأنه[8] سبق فيها حوز الورثة قبل حوز المتصدَّق عليه بها[9].

قال: وهو بمنزلة من تصدَّق بها[10] وهو مريض؛ فذلك نافذ في ثلثه؛ لأنَّ حكم ذلك الإيقاف؛ ليصح المريض، فيصح ذلك، أو يموت[11]، فيكون في الثلث؛ لأن

---

(1) ما يقابل كلمتا (ينفع الحجر) غير قطعي القراءة في (م).

(2) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 492**.

(3) ما يقابل عبارة (إن لم يفرط) غير قطعي القراءة في (م).

(4) المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 189**.

(5) ما يقابل كلمة (فعلى) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (ز): (في).

(7) ما يقابل عبارة (يسقط جميعًا، وقيل: تصح) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (لأنه) غير قطعي القراءة في (م).

(9) من قوله: (واختلف إذا كان) إلى قوله: (المتصدَّق عليه بها) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6/ 3470**.

(10) عبارة (قال: وهو بمنزلة من تصدق بها) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(11) قوله: (وهو بمنزلة من تصدَّق بها ... أو يموت) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 224**.

كل ما بتله[1] المريض فهو وصية، والوصية لا تحتاج إلى الحوز[2].

قال مالك في "المدونة" في كتاب الحبس فيمن حبس نخل حائطه[3] على المساكين في مرضه، والثلث يحمله، فلم يخرجه من يده حتى مات؛ فذلك نافذ[4]؛ لأنها وصية[5].

قال ابن يونس: وكأنه قال: إذا متُّ فحائطي على المساكين حبس تجري عليهم غلته، ولأنَّ ما فَعَلَه في مرضه من بتِّ صدقة، أو بتِّ عتق لا يحتاج إلى قبض؛ لأنها وصية[6].

ولا يتم لقابض في المرض قبض، ولو قبضه؛ كان لورثته إيقافه حتى يموت فيكون من الثلث[7]، أو يصح فينفذ البتل كله من رأس المال؛ فلذلك لم تبطل الصدقة بتركِ الحيازة لها إذا كان مريضًا؛ لأنه ممنوع منها[8].

وإن مات المتصدَّق عليه؛ فورثته بمنزلته؛ لأنَّ مورثهم قد تعلَّق له الحق بطلبها، فانتقل لورثته من الحق ما كان لمورثهم.

قال بعض شيوخنا: وسواء مات المتصدَّق عليه قبل موت المتصدِّق أو بعده؛ لأنَّه بتل الصدقة له، فلا رجعة له فيها؛ لأنه لو صحَّ لزمه إخراجها، ولو كانت أمواله مأمونة؛ فللمتصدَّق عليه أن يتعجلها على أحد القولين، وإذا كان كذلك فسواء مات المتصدَّق بها عليه قبل موت المتصدِّق أو بعد[9]؛ فإنها تكون لورثته كسائر أملاكه[10].

وأمَّا لو أوصى بوصيةٍ، ثم مات الموصَى له قبل موت الموصي؛ فلا شيء لورثة

---

(1) ما يقابل كلمتا (ما بتله) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (قال: وهو بمنزلة ... لا تحتاج إلى الحوز) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 330**.

(3) في (م): (حائط) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) ما يقابل كلمة (نافذ) غير قطعي القراءة في (م).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): **6/ 108**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 220**.

(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 317**.

(7) قوله: (ولا يتم لقابض في المرض قبض ... من الثلث) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 224**.

(8) قوله: (ولا يتم لقابض... لأنه ممنوع منها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 330**.

(9) جملة (قبل موت المتصدق أو بعد) يقابلها في (م): (بعد موت المتصدق أو قبل) بتقديم وتأخير.

(10) قوله: (قال بعض شيوخنا... لورثته كسائر أملاكه) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: **3/ 126**.

الموصَى له علم الموصي بموته أم لا[1].

قال مالك: ويحاصُّ بها ورثة الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث، ثم تورث تلك[2] الحصة.

وأما إن مات الموصَى له بعد موت الموصي؛ فالوصية لورثة الموصى له، علم بها أم لا[3].

قال الأبهري: والفرق بين موت الموصى له بعد موت الموصي أو قبل هو أنه إذا مات الموصىٰ له بعد [ز: 829/ ب] موت الموصي ملك[4] ورثته ذلك عنه؛ لأنه مال من أمواله قد استحقها بالوصية، وموت الموصي.

وإذا مات قبل موت الموصي[5]؛ لم يكن لهم شيء؛ لأنَّ الموصى له إنما تملَّك بموت الموصي وقبوله ما أوصى له به بعد موته، فإذا مات قبل ذلك؛ لم يكن له شيء، وكذلك ورثته لا شيء لهم، وترجع إلى ورثة الموصي[6]؛ لأنها كانت على ملك أبيهم[7].

[حيازة الوالد صدقة ولده]

(ومن تصدَّق على ولدٍ له صغير فحيازته[8] له جائزة إذا أشهد على صدقته وميَّزها بتصرفه له[9] فيها)[10].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ أنَّ "أبا بكر [م: 311/ أ] وعمر وعثمان وابن عباس كانوا لا

(1) قوله: (وأمَّا لو أوصى بوصية ... أم لا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 521.

(2) ما يقابل كلمتا (تورث تلك) غير قطعي القراءة في (م).

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 209 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 209.

(4) كلمتا (الموصي ملك) يقابلهما في (ز) و(م): (الموصي، فإذا مات ملك) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) عبارة (وإذا مات قبل موت الموصى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل كلمتا (ورثة الموصي) غير قطعي القراءة في (م).

(7) مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [21/ ب].

(8) ما يقابل كلمة (فحيازته) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (م): (لولده) وكلمة (له) ساقط من (ز) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 311 و312 و(العلمية): 2/ 367.

يجوِّزون صدقة حتى تقبض"(1).

قال عثمان بن عفان رضي الله عنه: "إلَّا أن ينحلَ ولده الصغير الذي لم يبلغ أن يحوز فيعلن بها ويشهد(2)؛ فيجوز(3).

قال عبد الوهاب: ولأنَّه هو القابض له؛ إذ الصغير ليس ممن يصح قبضه؛ فلا بدَّ من قبض قابض له، وإنما شرطْنا أن يميز ذلك الأب ويشهد عليه؛ لتثبت [له](4) الصدقة بغير قول الأب؛ لئلا يتطرَّق إلى الوصية لوارث(5)، وكذلك إن كان الابن كبيرًا سفيهًا.

قال الأبهري: لأن الأب هو القيم(6) لولده الصغير، والقابض لحقوقه وولايته(7) عليه، فجاز قبضه له ما وهب له أو تصدق عليه؛ لأنه لم يترك إخراجه(8) من يده لسبب أنه ينتفع به حياته، ثم يخرجه عن ورثته إلى غيرهم أو إلى بعض ورثتِهِ دون بعض، وإنما جاز ذلك؛ لأنَّه ليس أحد أَوْلَى بقبض حق الولد الصغير من أبيه(9)، والكبير السفيه في معنى الصغير(10).

وهذا إذا كانت الصدقة بعرض، أو حيوان، أو عقار، أو ما يمكن تعيينه.

واختُلِف فيما لا يمكن تعيينه، كالذهب والفضة والطعام وسائر المكيلات

---

(1) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 280، برقم (20123)، عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وبرقم (20126) عن عثمان رضي الله عنه، وبرقم (20137) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(2) ما يقابل كلمتا (فيعلن بها ويشهد) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي... فيجوز) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 108 و109، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 221.

والأثر رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 280، برقم (20125) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه.

(4) كلمة (له) زائدة من معونة عبد الوهاب.

(5) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 498.

(6) ما يقابل كلمة (القيم) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (م): (لولايته).

(8) ما يقابل عبارة (لم يترك إخراجه) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (أبيه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) جملة (والكبير السفيه في معنى الصغير) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

والموزونات فقال مالك: لا يصح قبض الأب لها؛ لأنها لا تتميَّز للشاهد وقت إقامة الشهادة؛ لإمكان أن يكون ما شهد[1] به غير الذي أشهد عليه، فإن جعلها على يد أجنبي يكون قابضًا لها؛ جاز.

قال أبو بكر الأبهري: ويجوز أن يكون في يد الأب إذا جعلها في شيءٍ وختم عليها وأشهد؛ لأنها حينئذٍ تتميز ويمكن الإشهاد عليها فتصير كالعبد[2].

وقال ابن المواز: إذا أشهد على طابعه عليها، ثم كانت بيد الأب حتى مات؛ لم يجز[3].

[الرجوع في الصدقة]

(ومن تصدَّق بصدقة؛ فلا رجعة له فيها ولا ثواب له[4] عليها، وإن مات المتصدَّق بها عليه فورثها المتصدِّق؛ جاز له تملكها[5] والتصرف فيها، ويكره له شراؤها واستيهابها)[6].

وإنما منعه من الرجوع فيها؛ لأنه قد أخرجها عن ملكه وملكها المتصدَّق بها عليه، فلو صحَّ له الرجوع فيها؛ لم يكن لملك المتصدَّق عليه فائدة.

وإنما لم يكن له عليها ثواب؛ لأن الصدقة المقصود بها إنما هو ثواب الآخرة؛ فلذلك لم يكن له عليها ثواب في الدنيا، ولأنه مال أخرجه من يده على وجه [ز: **830**/ أ] القربة إلى الله ﷻ وابتغاء وجهه، لا لغرض دنيوي؛ فلم يجز له الرجوع فيه، ولا ثواب له عليه.

---

(1) في (ز): (أشهد).

(2) من قوله: (وهذا إذا كانت الصدقة) إلى قوله: (عليها فتصير كالعبد) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 498**.

(3) قول ابن المواز بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3513**.

(4) ما يقابل كلمة (له) غير قطعي القراءة في (م).

(5) في (م): (ملكها).

(6) التفريع (الغرب): **2/ 312** و(العلمية): **2/ 367**.

أصله: المسجد والعتق والهدي.

فإن مات المتصدَّق بها عليه وكان المتصدِّق وراثه؛ جاز له تملكها والتصرف فيها؛ لأنَّ الميراث لا يقدر على دفعه، وهذا بخلاف الشراء، فإنه قادر على أن لا يشتري، وفي الهبة قادر على أن لا يقبل الهبة.

وخرَّج مسلم في "صحيحه" عن بريدة أنه قال: بينما أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة، فقالت: يا رسول الله! إِنِّي تَصَدَّقْتُ عَلَى أُمِّي بِجَارِيَةٍ، وَإِنَّهَا مَاتَتْ؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «**وَجَبَ أَجْرُكِ، وَرَدَّهَا عَلَيْكِ الْمِيرَاثُ**»[1].

قال الأبهري: وهذا قول جماعة من التابعين ابن المسيب وسعيد بن جبير والحسن، وغيرهم[2].

[م: **311**/ ب] قال القاضي عبد الوهاب: ولأنَّ الموهوب له والمتصدَّق[3] عليه قد يستحيي منه فيسامحه في ثمنها، أو يحط عنه ما لا يحطه لغيره، فيكون رجوعًا في[4] ذلك القدر[5].

وقد قال رسول الله ﷺ: «**الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**»، ونهى النبي ﷺ عمر رضي الله عنه عن شراء فرس كان تصدَّق به[6].

فإن ابتاع ما تصدَّق به؛ فسخ البيع بينهما.

---

(1) رواه مسلم: 2/ **805**، في باب قضاء الصيام عن الميت، من كتاب الصيام، برقم (**1149**) عن بريدة رضي الله عنه.

(2) في (ز): (وغيره).

(3) ما يقابل كلمتا (له والمتصدق) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (فيكون رجوعًا في) غير قطعي القراءة في (م).

(5) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ **504**.

(6) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 2/ **400**، في باب اشتراء الصدقة، والعود فيها، من كتاب الزكاة، برقم (**293**).

والبخاري: 2/ **127**، في باب هل يشتري الرجل صدقته؟، من كتاب الزكاة، برقم (**1490**).

ومسلم: 3/ **1239**، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم (**1620**) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قال ابن شعبان في "الزاهي": لنهي النبي ﷺ عن ذلك[1].

[صدقة وهبة الوالد لولده]

(ومن تصدَّق على ولدٍ له صغير بدنانير أو دراهم[2] مقدَّرة غير معينة وأشهد له بذلك؛ فصدقته باطلة.

وإن تصدَّق عليه بجزءٍ مشاع من دار أو أرض[3] وأشهد على ذلك ففيها روايتان:

إحداهما جوازها.

والأخرى بطلانها، وكذلك الهبة)[4].

اختُلِفَ فيمن تصدَّق على ولدٍ له صغير بدنانير أو دراهم مقدَّرة غير[5] معينة وأشهد عليها؛ هل تصح صدقته أم لا؟

فقال مالك: لا يجوز إلا أن يضعها على يد غيره؛ لأنها لا تتعيَّن.

قال ابن المواز: وإذا طبع عليها وأشهد على طابعه، ثم كانت بيد الأب حتى مات؛ لم يجز[6].

وقال مالك في كتاب ابن حبيب: يجوز.

وإن بقِيَت عنده حتى مات إذا أشهد وكتب عليها؛ ختم عليها أو لم يختم، وإن ختم عليها، فهو أحسن[7].

فوجه القول الأول هو أنَّ المقصود من الدنانير والدراهم عينها وذاتها؛ ليتوصَّل

---

(1) قول ابن شعبان لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه ابن العربي في المسالك: 4/ 132.

(2) كلمتا (أو دراهم) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(3) ما يقابل كلمتا (أو أرض) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 312 و(العلمية): 2/ 367.

(5) كلمتا (مقدَّرة غير) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(6) قوله: (فقال مالك: لا يجوز إلا ... لم يجز) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 163.

(7) من قوله: (اختلف فيمن تصدَّق) إلى قوله: (عليها فهو أحسن) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3513.

بها إلى أغراضه، ومن الجائز ألَّا يكون مقصوده بالختم الحوز للصغير؛ بل مقصوده أن يتخذ[1] الختم وسيلة إلى أن يوقف ماله مرصدًا لمنفعة نفسه طول حياته، ويزويه[2] عن[3] ورثته بعد[4] وفاته، فيقول: ما دام مالي بيدي وإن كان مختومًا عليه فأنا قادر على أن أتوصل به إلى أغراضي، فإن احتجتُ إليه أخذته، وإن لم أحتج إليه حتى متُّ؛ فقد حصل لي مقصودي من إنفاق مالي طول حياتي، وأزويه عن ورثتي بعد وفاتي، فلا ينجينا من هذا إلَّا إخراجه من [ز: **830**/ ب] يده إلى يد أجنبي؛ ليعلم أن مقصودَه بالختم نفس الحوز.

وهذا بخلاف ما إذا تصدَّق عليه بجزءٍ مشاع من دارٍ أو أرض أو عبد، فإن المقصود الذي يراد من ذلك إنما هو المنفعة، وقد صرفها في جهة الولد، فقد حصل الحوز؛ لأنه لم يوقف ذلك لينتفع به هو؛ بل يكري ويقبض[5] الغلة للولد، وإذا كان يستوفيها للولد فقد حصل الحوز وصحَّ.

ووجه القول الثاني هو أنه لمَّا ميَّزها وختم عليها وأشهد على الختم، فقد أبانها[6] عن ماله وميَّزها، فأشبه ما إذا وهبه عبدًا أو دارًا أو غير ذلك، فإن الإشهاد في ذلك كاف؛ لأنه[7] لم يتصرف فيه لنفسه حتى مات.

قال اللخمي: وهذا ما دامت عينًا، فإن اشترى [له][8] بها عقارًا أو تجارة وأشهد عليها؛ جازت[9] للولد، وسقط حكم العين[10].

---

(1) في (ز): (ينحل).

(2) ما يقابل كلمة (ويزويه) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (عنه).

(4) ما يقابل كلمة (بعد) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمتا (يكري ويقبض) يقابلهما في (ز): (يكون بقبض).

(6) في (ز): (أثابها).

(7) في (م): (لأنه).

(8) كلمة (له) زائدة من تبصرة اللخمي.

(9) في (ز): (جاز).

(10) ما يقابل كلمتا (حكم العين) غير قطعي القراءة في (م).

وأما إن لم يعين الدنانير ولا طبع عليها ولا دفعها لغيره؛ فإن الصدقة باطلة، وإن أشهد على قدر ما تصدق به عليه؛ لأنَّ الأب قد يتلفها أو تهلك بغير سببه، فلا يمكن أن يشهد على شيء بغير عينه، [م: 312/ أ] ويصير الأب مدَّعيًا، فلا ينفع القبض شيئًا.

قال شيخنا: وهذا إذا مرض الأب أو مات أو فلس، وأما إن لم يطرأ شيء من ذلك؛ فإنه يلزمه إخراجها، ويجبر على ذلك؛ إذ لا يعتصرها.

واختُلِفَ إذا تصدَّق عليه بجزء من دار أو عبد يملك جميعه[1]، وأشهد على ذلك؛ هل يصح حوزه لنفسه أو لولده؟ فأجاز ذلك مالك في كتاب ابن المواز[2].

وقال سحنون في كتاب ابنه[3]: الصدقة باطلة، ولا تتم مع بقاء أيدِيهما عليها[4].

فوجه الرواية الأولى هو أنه إذا أشهدَ، فالحوز له حاصلٌ؛ لأنَّ العين الكاملة مما لا[5] تتغير، ويمكن الإشهاد عليها، فالمشاع منها في حكم المقسوم[6].

لأنَّ الأب إذا تصرف فيه لولده فتصرفه يظهر؛ لأنه إذا أكرى الربع باسم ولده، وحاكم عنه في طلب أجرته، واشترى[7] الأدوات للعمارة باسم ولده؛ فهذه التصرفات أفادت الحوز.

الشاهد لهذا باعتبار[8] هبة جميع الدار، فإنا لم نجعل الحوز فيها إلا هكذا.

ووجه الرواية الثانية هو أنَّ الشقص مما لا يتغير ولا يتميَّز؛ لأنه مشاع، وإذا كان كذلك فتصرف الأب لنفسه يقع فيما لولده وفيما له، وكذلك تصرفه لولده يقع فيما لولده =

و التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3513.

(1) ما يقابل كلمة (جميعه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (واختلف إذا تصدَّق عليه ... ابن المواز) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 175.

(3) في (ز): (الهبة).

(4) قوله: (وقال سحنون في... أيديهما عليها) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3494.

(5) كلمتا (مما لا) يقابلهما في (م): (ما).

(6) قوله: (فوجه الرواية الأولى... حكم المقسوم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 499.

(7) ما يقابل كلمة (واشترى) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (م) و(ز): (بالاعتبار).

وفيما لنفسه؛ لأن تصرفه مشاع، فقد صار ما وَهَبَه لولده لم يزل متصرفًا فيه لنفسه حتى مات؛ لأن التصرف متداخل.

ويدل على ذلك ما قاله مالك في الرجل يبيع نصف عبده من رجل، ثم يستحق ربع ذلك العبد، فإن الاستحقاق جرى فيما بيع وفيما لم يبع؛ لما كان المبيع مشاعًا[1]، وهذا كله ما لم يخرج الجزء من يده، وأما إذا أخرجه من يده؛ فذلك جائز.

[في عدم قبض الموهوب له الهبة]

(ومن وهب شيئًا من ماله؛ لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به.

فإن أبى ذلك؛ حكم عليه إذا أقرَّ[2]، أو قامت عليه بينة، [ز: 831/ أ] **فإن أنكر الهبة؛ حلف وبرئ منها، وإن نكل عن اليمين؛ حلف الموهوب له وأخذها منه.**

فإن مات قبل دفعها إلى الموهوب له[3]؛ فلا شيء له[4] إذا كان قد أمكنه أخذها ففرَّط فيها.

فإن مات الموهوب له قبل قبضها؛ قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بالهبة)[5].

اعلم أن الهبة عقد لازم ويقضى على الواهب بها، خلا الأبوين[6]، والأصل في ذلك الكتاب، والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ الآية [المائدة: 1]، وهذا عقد من العقود؛ فوجب الوفاء به.

وأما السنة فما خرَّجه النسائي عن ابن عمر، وابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ**

---

(1) قوله: (ويدل على ذلك... كان المبيع مشاعًا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 43.

(2) كلمة (أقرَّ) يقابلها في (ز): (طالبه به).

(3) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) عبارة (فلا شيء له) يقابلها في طبعة دار الغرب والعلمية: (بطلت الهبة).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 312 و313 و(العلمية): 2/ 367 و368.

(6) ما يقابل عبارة (الواهب بها، خلا الأبوين) غير قطعي القراءة في (م).

لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ»(1)، وألحقت الأم بالأب قياسًا عليه.

قال الأبهري: ولأنَّ ملك الهبة قد انتقل إلى الموهوب له بالقول، وكل ملك ينتقل باختيار ربه؛ فإنه ينتقل بالقول، ثم يتبعه القبض(2).

أصله: البيع قبل القبض؛ لأنَّه إنما يقبض ما قد ملكه بالبيع الذي هو القول.

قال الباجي: ولأنه عقد، فلم يفتقر في لزومه إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود(3).

إذا ثبت هذا، فمَنْ وهب شيئًا من ماله؛ لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به، فإن أبى حكم [م: 312/ ب] به عليه كسائر الحقوق، وذلك إذا ثبتت الهبة ببينةٍ(4) أو إقرار.

وإن أنكر الهبة؛ حلف وبرئ منها؛ لأنه مُدَّعى عليه، فإن نكل عن اليمين؛ حلف(5) الموهوب له وأخَذَهَا منه كما يحلف المدَّعى عليه في الحقوق إذا نكل المدعي، ولا ترد اليمين على الواهب؛ لأنه هو ردها.

قال الباجي: والهبة تنقسم قسمين:

منها ما يكون(6) معينًا، ومنها ما يكون في الذمة.

فمثال المعينة: أن يقول الموهوب للواهب: وهبتني(7) هذا الثوب، أو هذه(8) الأمة، أو غير ذلك مما هو معين.

---

(1) صحيح، رواه الترمذي: 4/ 442، في باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، من أبواب الولاء والهبة، برقم (2132).

والنسائي: 6/ 265، في باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، من كتاب الهبة، برقم (3690) كلاهما عن ابن عمر، وابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وعن أبيهما.

(2) ما يقابل عبارة (ثم يتبعه القبض) غير قطعي القراءة في (م).

(3) المنتقى، للباجي: 8/ 3.

(4) ما يقابل كلمة (ببينة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (حلف) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمتا (ما يكون) يقابلهما في (م): (أيكون).

(7) ما يقابل كلمة (وهبتني) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (الثوب أو هذه) غير قطعي القراءة في (م).

وأمَّا ما في الذمة[1] فمثل أن يكون لعمرو قِبَل زيدٍ دينًا، فيطالبه به، فيقول زيد: وهبتنيه.

فأمَّا الأول؛ فالظاهر من المذهب أنه لا يمين على المدَّعى عليه بمجرد الدعوى.

قال: ووجه ذلك ضعف سبب المدعي؛ لأن في دعوى الحقوق اللازمة [باتفاق][2] لا يجب اليمين إلَّا بسبب يقوِّي الدعوى، فكيف تضعف الهبة لاختلاف الناس في لزومها؟!

قال: وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه: (عليه اليمين).

قال: وأما إذا كان في ذمة الموهوب؛ فالظاهر أنه لا يحكم به إلَّا بعد أن يحلف رب الدين أنه ما وهبه للمديان.

قال: ووجه ذلك أن المعطي يريد إخراج ما عنده، فإن ادَّعى الغريم فيه ما تبرأ ذمته؛ لم يحكم له إلَّا بعد يمينه على إبطال تلك الدعوى، كما لو ادَّعى القضاء.

قال الباجي: ويحتمل عندي قسمة أخرى؛ إن كانت الهبة في يد الواهب فلا يمين، وإن كانت بيد الموهوب له؛ لم يكن[3] للواهب [ز: **831**/ ب] انتزاعها منه إلَّا بعد يمينه.

قال[4]: ويصحح هذا التقسيم من استحق عرضًا بيد[5] رجل، وزعم أنه اشتراه منه أنه لا يأخذه منه حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب[6].

قال شيخنا: والصحيح عندي أنَّ المسألة تُخَرَّج على الخلاف في اليمين؛ هل يجب بمجرد الدعوى أو لا؟

---

(1) ما يقابل عبارة (ما في الذمة) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (باتفاق) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من منتقى الباجي.

(3) في (م): (يمكن) وما رجحناه موافق لما في منتقى الباجي.

(4) كلمة (قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل كلمة (بيد) غير قطعي القراءة في (م).

(6) المنتقى، للباجي: 8/ 5 و6.

فإن قلنا: إنما تجب بمجرد الدعوى[1] لا إشكال[2].

وإن قلنا: لابدَّ من الخلطة، فلا يمين عليه، اللهمَّ إلَّا أن يكون ابن الجلَّاب أراد بقوله: (حلف وبرئ) إذا ثبتت بينهما خلطة، أو يقول: إنما تشترط[3] الخلطة فيما يتعلق بالذمم من الحقوق[4].

وأمَّا الأشياء المعينة[5] يقع التداعي فيها، فاليمين في ذلك واجبة من غير[6] خلطة، وقد ذكر هذا عبد الحق في "نكته" عن غير واحد من القرويين[7].

فإن مات الواهب قبل[8] دفعها إلى الموهوب له؛ فلا شيء له إذا كان قد أمكنه أخذها ففرَّط فيها.

وقد قال أبو بكر لعائشة رضي الله عنها فيما نحلها[9] فلم تقبضه حتى مرض: "لو كنت حزتيه لكان لك، ولكنه الآن مال وارث"[10].

ورُوي أن أبا بكر وعمر وعثمان، وغيرهم كانوا لا يجوِّزون صدقة حتى تقبض[11].

وإن مات الموهوب له قبل قبضِها؛ لم تبطل الهبة ولورثته[12] القيام بها، كما لو[13] كان لمورِّثهم؛ لأنه حق ثبت له، مات عنه بعد استحقاقه، فكان لورثته.

---

(1) في (م): (دعوى).

(2) عبارة (فإن قلنا: إنما تجب بمجرد دعوى لا إشكال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) ما يقابل كلمة (تشترط) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قوله: (قال شيخنا: والصحيح عندي ... من الحقوق) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: **6/ 295**.

(5) في (م): (المغيبة).

(6) ما يقابل عبارة (واجبة من غير) غير قطعي القراءة في (م).

(7) النكت والفروق، لعبد الحق: **2/ 155**.

(8) ما يقابل كلمة (قبل) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (نحلها) غير قطعي القراءة في (م).

(10) تقدم تخريجه تحت ترجمة فيمن قال: مالي حبس صدقة لا يباع ولا يوهب ولا يملك من كتاب الوقف والحبس: **387/9**.

(11) قوله: (وقد قال أبو بكر ... حتى تقبض) بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): **3/ 741**.

(12) ما يقابل كلمة (ولورثته) غير قطعي القراءة في (م).

(13) كلمة (لو) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

[الرجوع في الهبة]

(وكل من وهب هبة؛ فليس له فيها رجعة[1] ولا عصرة؛ إلَّا للوالدين[2] خاصة، فإن لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما؛ ما لم يداين أو يتزوج، فإن داين أو تزوج؛ لم يكن للوالدين في الهبة رجعة.

وإن تغيرت [م: 313/ أ] الهبة عند الولد؛ فليس للوالد فيها رجعة[3].

وإن باعها الولد وأخذ ثمنها؛ لم يكن للوالد إلى الثمن سبيل)[4].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ**» خرجه النسائي[5]، وفي بعض طرق الحديث: «**لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَهَبَ هِبَةً ثُمَّ يَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الأب فيما وهبه لابنه**»[6].

قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلة ليست بصدقة أن له أن يعتصر ذلك ما لم[7] يستحدث الولد دينًا يداينه الناس به من أجلِ ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه.

قال: ويعطي الرجل ابنه أو ابنته[8]، فتنكح المرأة الرجل لغناه[9]، وللمال الذي

---

(1) في (م): (رجعته).

(2) في (م): (الوالدان).

(3) ما يقابل كلمة (رجعة) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 313 و314 و(العلمية): 2/ 369.

(5) صحيح، رواه النسائي: 6/ 265، في باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، من كتاب الهبة، برقم (3690) عن ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهما وعن أبيهما.

(6) صحيح لغيره، رواه النسائي: 6/ 265، في باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، من كتاب الهبة، برقم (3692).

وعبد الرزاق في مصنفه: 9/ 110، برقم (16542) كلاهما عن طاوس رحمه الله.

(7) ما يقابل عبارة (له أن يعتصر ذلك ما لم) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمتا (ابنه أو ابنته) يقابلهما في (م): (ابنته أو ابنه) بتقديم وتأخير.

(9) كلمتا (الرجل لغناه) يقابلهما في (ز): (الابن بغناه).

أعطاه أبوه، أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل إنما يتزوجها، ويرفع في صداقها لغناها [ومالها][1] وما أعطاها أبوها، ثم يقول الأب: أنا أعتصر ذلك؛ فليس له ذلك[2].

قال القاضي عبد الوهاب: ولأنَّ الأب يختص مع الولد بما لا يوجد في غيره، وله شبهة في ماله، ففارق الأجنبي، ولأنها [ز: **832**/ أ] هبة لمن أضيف إلى الواهب هو وماله في الشرع إضافة الملك[3]، فكان له الرجوع فيها.

أصله: هبة السيد لعبده[4]. انتهى الكلام في حق الأب.

وأما الأم، فإن لها أن تعتصر أيضًا؛ لأن لها شبهة في مال ولدها كالأب؛ إلا أن يكون ابنها صغيرًا لا أب له، فليس لها أن تعتصر ما وهبته؛ لأنه يتيم ولا يُعتصر من يتيم؛ لأنَّ الهبة له على وجه الصدقة، ولا تعتصر الصدقة[5].

ولو كبر الولد؛ لم يؤخذ منه[6].

قال الباجي: لأنَّ ظاهر الهبة لليتيم إنما هي للإشفاق عليه وخوف[7] ضياعه، وهذا معنى الصلة والقربة؛ فلذلك كان حكمها حكم الصدقة.

وروى أشهب عن مالك أن اليتيم إذا كان غنيًا؛ فللأم أن تعتصر منه ما وهبته؛ لأنها ليست بصدقة؛ إذ ليس من أهلها[8]، إذا ثبت هذا فالاعتصار في الهبة دون الصدقة.

قال مالك: ولا يعتصر الأبوان ما تصدَّقا به على[9] ولدهما؛ صغيرًا كان الولد أو كبيرًا.

---

(1) كلمة (ومالها) زائدة من موطأ مالك.

(2) موطأ مالك: **4/ 1093**.

(3) عبارة (في الشرع إضافة الملك) يقابلهما في (ز): (إضافة في الشرع الملك) بتقديم وتأخير.

(4) المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 504**.

(5) عبارة (ولا تعتصر الصدقة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) قوله: (وأما الأم، فإن ... يؤخذ منه) بنحوه في كتاب الخصال، لابن زرب، ص: **246**.

(7) ما يقابل كلمة (وخوف) غير قطعي القراءة في (م).

(8) المنتقى، للباجي: **8/ 21**.

(9) ما يقابل عبارة (ما تصدقا به على) غير قطعي القراءة في (م).

وأما الهبة والعمرى والنحل؛ فلهما[1] الاعتصار في ذلك، وسواء كان الولد صغيرًا أو كبيرًا، وأما الحبس[2] فإن كان بمعنى الصدقة؛ لم يعتصر[3].

أبو محمد: يريد: أنه[4] إذا حبسه عليه، وعلى عقبه لم يعتصر؛ [لأنه لا يعتصر][5] من ولد الولد[6].

وإن كان بمعنى الهبة يكون سكنى أو عمرى إلى شهر أو[7] شهرين، ثم مرجعها إليه، فإنه يعتصر[8]، وللأبوين أن يعتصرا ما وهباه[9] لولدهما ما لم يداين أو يتزوج أو يموت أو تتغير الهبة بوجهٍ من وجوه التغيير المؤثرة[10].

قال اللخمي: وأما الجد والجدة؛ فروى ابن القاسم عن مالك أنهما لا يعتصران[11].

وروى عنه أشهب في كتاب محمد أنَّ ذلك لهما؛ لأنَّ الجد [والجدة][12] يقع عليهما[13] اسم أب[14].

---

(1) ما يقابل عبارة (والعمرى والنحل؛ فلهما) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمتا (وأما الحبس) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 136 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 237.

(4) كلمة (أنه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(5) عبارة (لأنه لا يعتصر) ساقطة من (ز) و(م) وما أثبتناه في اختصار ابن أبي زيد.

(6) اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 3/ 756 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 364.

(7) كلمتا (شهر أو) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(8) قوله: (وإن كان بمعنى... فإنه يعتصر) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 135 و136، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 237.

(9) ما يقابل كلمة (وهباه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قوله: (وللأبوين أن يعتصرا... وجوه التغيير المؤثرة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 365.

(11) ما يقابل كلمة (يعتصران) غير قطعي القراءة في (م).

انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 495.

(12) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(13) في (ز): (عليه)، وما يقابل كلمتا (يقع عليهما) غير قطعي القراءة في (م).

(14) قوله: (وروى عنه أشهب في كتاب محمد أنَّ ... اسم أب) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: =

ووجه قول ابن القاسم[1] هو أنَّ الهبة انتقَلَتْ إلى ملك الموهوب له بالقبض، فلا يُزَال ملكه عنه إلا بنصٍّ أو إجماع لا شكَّ فيه.

وإن تغيرت الهبة في[2] سوقها بزيادة أو نقص؛ لم يضر ذلك بالاعتصار؛ لأنَّ الهبة بحالها[3]، وزيادة القيمة ونقصها [م: **313**/ ب] لا تعلُّق له بها ولا تأثير لهما في صفتها، فلم يمنع ذلك الاعتصار، كنقلِها من موضعٍ إلى آخر.

وإن وهبه جارية فوطئها الابن؛ فذلك فوت.

وإن وهبه أرضًا فغرسها، فذلك فوت، أو دارًا[4] فبناها؛ لأنه أخرج في ذلك ثمنًا؛ إلا أن يعتصر العرصة وحدها.

وإن وهبه دنانير فصاغها حليًّا؛ فليس للأب أن يعتصرها؛ لأنه أحالها عن حالها، وإن تداين الولد أو تزوج أو تزوجت الابنة لأجل تلك الهبة، أو مرض الأب أو الابن[5]؛ امتنع الاعتصار.

قال ابن المواز: يمنع من الاعتصار إذا داينه الناس لأجلها[6]؛ يريد[7] لأنَّ ذلك يذهب أموال الناس، وقد صار ذلك المال[8] الموهوب من جملة أمواله، وذلك يمنع الأب الاعتصار.

يريد[9]: وإن لم يداين لأجلها؛ لقلتها، أو [ز: **832**/ ب] كان الابن موسرًا؛ فإنها تعتصر.

=

12/ 192.

(1) ما يقابل كلمتا (قول ابن القاسم) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمة (في) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (بحالها) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (أرضًا).

(5) ما يقابل عبارة (أو مرض الأب أو الابن) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 193**.

(7) كلمة (يريد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) كلمة (المال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) كلمة (يريد) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

وأرى أن يعتصر إذا استدان وعنده وفاء لدينه؛ لأنَّ الولد لو أراد أن يهب تلك الهبة لم يكن للغريم مقال، وإنما يمنع الأب من الاعتصار إذا تعلَّق للغريم بها حق.

وكذلك الصداق إن لم يتزوج لتلك الهبة؛ لأنه بيِّن اليسار، فإن له أن يعتصر إلا أن تكون الهبة كثيرة، ولولا هي لم يُتزوَّج إليه[1]، فلا تعتصر؛ لأنَّ الزوجة تعلَّق لها حق بمال الزوج، كما تعلق حق الزوج بمال الزوجة، وتعلُّق[2] حق الزوجة بمال الزوج أقوى؛ لما يجب لها عليه[3] من الحقوق[4].

وإن مرض الأب أو الابن؛ امتنع الاعتصار، وإنما منع الأب من الاعتصار إذا مرض؛ لأنه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بآباء، وإنما منع -أيضًا- أن يعتصر إذا مرض الولد؛ لأنَّ حقوق الورثة قد تعلقت بماله، كما لو تعلَّقت[5] حقوق الغرماء بماله؛ لامتنع الاعتصار[6].

وروى أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز أنَ للأبِ أن يعتصر، وإن كان مريضًا، وقال -أيضًا-: لا يعتصر؛ لأنه حينئذ يعتصر[7] لغيره[8].

وأما قوله: (وإن باعها الولد وأخذ ثمنها؛ لم يكن له إلى الثمن سبيل) فلأنَّ العين التي وهبها قد خرجت عن[9] ملك الموهوب له[10]، وتعلَّق بها حق الغير.

---

(1) كلمتا (يتزوَّج إليه) يقابلهما في (م): (تزوج) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.
انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3525 وما بعدها.

(2) كلمة (وتعلق) يقابلها في (م): (بل تعلق).

(3) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) قوله: (لأنَّ الزوجة تعلق... من الحقوق) بنحوه في المنتقى، للباجي: 8/ 23.

(5) ما يقابل عبارة (كما لو تعلقت) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قوله: (وإن مرض الأب ... لامتنع الاعتصار) بنحوه في المسالك، لابن العربي: 6/ 457.

(7) عبارة (وإن كان...لأنه حينئذ يعتصر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(8) قوله: (وروى أشهب عن... يعتصر لغيره) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3529.

(9) في (ز): (من).

(10) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

والثمن الذي بيد الموهوب له[1] غير العين التي وهبها الأب، وليس له أن يعتصر[2] غير ما وهبه، ومن[3] شرط الاعتصار بقاء العين الموهوبة.

(ومن وهب لولده دنانير أو دراهم، أو[4] شيئًا مما له مِثل، فخلطه بمثله؛ فليس للوالد فيها رجعة، ولا يكون شريكًا للولد بقدره)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ اختلاط ذوات الأمثال بما لا تتميز منه جارٍ مجرى إتلاف العين، وإذا تلفت العين؛ بطل الرجوع فيها، فكذلك إذا خلط الشيء بمثله؛ لأنَّه قائم مقام تلف العين؛ لأنَّه لا حق له في عوضها، وإنما حقه في عينها[6]؛ بدليل أنه لو بادل بها لم يكن لأبيه فيها حق، وإذا لم يتحقق خلوص عينها من الجنس الذي[7] خلطت به؛ لم يثبت له حكم الرجوع[8]، وكذلك سائر المكيلات والموزونات.

فرع:

قال اللخمي: فلو صاغ الدنانير حليًّا؛ لم يكن له الاعتصار[9]، قاله ابن القاسم[10]؛ لأنه أحالها عن حالها، بمنزلة ما لو [م: **314**/ أ] اشترى له بها جارية، ثم أراد اعتصارها.

وليس السؤالان سواءً إذا كانت الإجارة على الصياغة منها؛ لأنَّ عين الهبة موجودة، وإذا اشترى له بها جارية كانت هبته[11] -وهي الدنانير- صارت لبائع الجارية، والذي في

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) ما يقابل كلمة (يعتصر) غير قطعي القراءة في (م).

(3) كلمة (ومن) يقابلها في (م): (إذ من).

(4) ما يقابل عبارة (أو دراهم أو) غير قطعي القراءة في (م).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 314** و(العلمية): **2/ 369**.

(6) ما يقابل عبارة (وإنما حقه في عينها) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (من الجنس الذي) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (لم يثبت له حكم الرجوع) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (الاعتصار) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 190**.

(11) في (ز): (هبة).

يديه غير الهبة؛ فذلك فوت(1).

[الهبة للثواب والعوض]

(والهبة للعوض والثواب جائزة)(2).

والأصل في ذلك ما رُوي أنَّ النبي ﷺ أُهديت له لقحة وطلب صاحبُها الثواب، فأثابه النبي ﷺ(3).

[ز: 833/ أ] ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "من وهب هبة يرى أنها للثواب؛ فهو على هبته، ما لم يرض منها"(4)، ولأنَّ المقصود منها المكارمة والتودد؛ فجاز قبولها على ذلك كنكاح التفويض.

واختُلِفَ إذا قال: أهبك هذا العبد على أن تثيبني فقال ابن القاسم: ذلك جائز.

وقال ابن الماجشون: الهبة فاسدة(5)، ورأى أن فائدة الشرط رفع خيار الموهوب له، وذلك يخرجه عن حد المكارمة، فيصير بيعًا بثمن مجهول(6).

فرع:

فلو وهبه دنانير أو دراهم للثواب فقال مالك في "المدونة": ولا ثواب في هبة الدنانير

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3527 3527 3527.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 314 و(العلمية): 2/ 370.

(3) لعله يشير للحديث الصحيح الذي رواه أحمد في مسنده، برقم (2687).

وابن حبان في صحيحه: 14/ 296، في باب من صفته ﷺ، وأخباره، من كتاب التاريخ، برقم (6384) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ لِلنَّبِيِّ ﷺ هِبَةً، فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا، قَالَ: «رَضِيتَ؟» قَالَ: لَا.

قَالَ: فَزَادَهُ، قَالَ: « رَضِيتَ؟» قَالَ: لَا.

قَالَ: فَزَادَهُ، قَالَ: «رَضِيتَ؟» قَالَ: نَعَمْ.

قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهِبَ هِبَةً إِلا مِنْ قُرَشِيٍّ، أَوْ أَنْصَارِيٍّ، أَوْ ثَقَفِيٍّ».

(4) كلمة (منها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

والأثر رواه مالك في موطئه: 4/ 1091، في باب القضاء في الهبة، من كتاب الأقضية، برقم (2790) موقوفا على عمر رضي الله عنه.

(5) قول ابن الماجشون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 248.

(6) قوله: (واختلف إذا قال... بيعًا بثمن مجهول) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3406.

والدراهم، وإن وهبها فقيرٌ لغنيٍّ؛ إلا أن يشترط الثواب؛ فيثاب عرضًا أو طعامًا[1].

ونقل ابن المواز عن ابن القاسم أنه لا يصلح أن تُوهب للثواب، فإن شرط في ذلك ثوابًا؛ فهي هبة[2] مردودة[3].

قال الباجي: فوجه القول الأول هو أنَّ كل ما صح بيعه صح[4] أن يوهب[5] للثواب كالعروض.

ووجه القول الثاني هو أنَّ القيمة إنما تكون بالعين، فإذا كانت هبة؛ فإنما تكون قيمتها من أصناف العروض، فثبتت في الذمة، غير مؤجلة ولا موصوفة[6]، وذلك يمنع صحة البيع وما كان في معناه[7].

[في موت واهب هبة الثواب قبل دفعها]

(ومن وهب هبة للثواب فمات قبل دفع الهبة؛ فهي صحيحة لازمة، وليس تحتاج هبة الثواب إلى حيازة)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ هبة الثواب[9] بمنزلة البيع، والبيع لا يحتاج إلى حيازة، فكذلك هبة الثواب[10]، وللموهوب قبضها ودفع العوض[11] عنها للورثة؛ ولأنها لمَّا كانت لها

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 138 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 238.

(2) كلمة (هبة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) قوله: (ونقل ابن المواز عن ابن القاسم ... هبة مردودة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 370.

(4) كلمة (صح) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) في (م): (يكون) وما رجحناه موافق لما في منتقى الباجي.

(6) ما يقابل كلمتا (ولا موصوفة) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمة (معناه) غير قطعي القراءة في (م).
المنتقى، للباجي: 8/ 8.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 314 و(العلمية): 2/ 370.

(9) كلمتا (هبة الثواب) يقابلهما في (م): (الهبة للثواب).

(10) في (م): (للثواب).

(11) ما يقابل كلمة (العوض) غير قطعي القراءة في (م).

معاوضة زالت التهمة، وهي أن يكون قَصَدَ الانتفاع بماله في حياته، وإزواء ورثته عنه بعد وفاته؛ لأنه لمَّا مات وقد تركها عوضًا دلَّ على أنه لم يقصد الإزواء[1].

وإن مات الموهوب له قبل أن يثبت الواهب؛ فلورثته في الهبة ما كان له، وعليهم من الثواب ما كان عليه.

فرع:

فلو قبض الموهوب الهبة للثواب، ثم قام الواهب يطلب الثواب فروى ابن عبد الحكم عن مالك أنه إن طال ذلك وتقادم حتى يُرى أنه كالتارك له؛ فلا ثواب له[2].

قال الأبهري: لأنَّه قد خرج في طلب[3] ثوابها عن عُرْف الناس، وغالبهم أنهم لا يتركون طلبه هذه المدة، ومن خرج عن عُرْف الناس وعادتهم؛ لم تقبل دعواه[4].

[في قبول هبة الثواب]

(ومن وُهِبَ له هبة للثواب فقبلها؛ فهو بالخيار إن شاء[5] أثاب منها قيمتها، وإن شاء[6] ردَّها.

فإن أثاب منها قيمتها [م: 314/ ب]**؛ لزم واهبَها قبولها شاء أو أبى.**

وإن ردَّها انفسخت هبتها.

وإن فاتت عنده؛ لزمته[7] قيمتها إلَّا أن يرضى واهبها بدون قيمتها)[8].

اختُلِفَ فيمن وهب له هبة فقبلها؛ هل يلزمه بنفس القبول قيمتها أم لا يلزمه ويكون

---

(1) عبارة (ولأنها لما كانت... لم يقصد الإزواء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) قوله: (فلو قبض الموهوب ... ثواب له) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 132.

(3) ما يقابل كلمتا (في طلب) غير قطعي القراءة في (م).

(4) انظر: مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [148/ ب].

(5) ما يقابل كلمة (شاء) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (شاء) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (لزمه).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 314 و(العلمية): 2/ 370.

بالخيار؟ فالمشهور من المذهب أنه بالخيار بين الإمساك والرد[1] ما لم تفت.

والقول الثاني أنه يجب عليه الثواب بنفس القبول ولا خيار للموهوب.

وعلَّل ذلك القاضي عبد الوهاب بأن الواهب ملكه إياها [ز: **833**/ ب] بشرط العوض؛ إمَّا لفظًا أو عرفًا وقد قبلها على ذلك؛ فلزمه[2] ما دخل عليه كالبيع[3].

ووجه المشهور قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ الآية [**النساء: 86**]، فحملت الهبة على الآية، فإما أن يثيبه بخيرٍ منها أو مثلها، أو يردها ما لم تفت.

ومما يدل على ذلك -أيضًا- ما رواه مالك في موطئه عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: "من وهب هبة[4] يرى أنه أراد بها[5] الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها"[6].

[وهذا][7] دليلٌ على أن للموهوب أن لا يرضيه، وإذا كان كذلك؛ دلَّ على أنه بالخيار في القدْر الذي يأخذها بها[8] ويردها، ولأنا لو جعلناه بقبولها[9] ملزومًا بالعوض؛ لأدَّى إلى أن تكون الهبة قد حالت عن حالها إلى البيع بثمن مجهول[10]، وذلك لا يجوز.

فرع

وهل للواهب أن يمنع الهبة حتى يقبض أم لا؟

---

(1) ما يقابل كلمة (والرد) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (أو عرفًا وقد قبلها على ذلك؛ فلزمه) غير قطعي القراءة في (م).

(3) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 501**.

(4) كلمة (هبة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) رواه مالك في موطئه: **4/ 1091**، في باب القضاء في الهبة، من كتاب الأقضية، برقم (**2790**) عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(7) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(8) في (ز): (به).

(9) ما يقابل كلمة (بقبولها) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (مجهول) غير قطعي القراءة في (م).

فقال مالك في "المدونة": وله أن يمنع الهبة حتى يقبض العوض كالبيع[1].

وقال ابن المواز: ليس له منعها.

فوجه القول الأول هو أنَّ هبة الثواب معاوضة، فكان للواهب إمساك ما وهب حتى يقبض العوض كالبيع.

ووجه القول[2] الثاني هو أن مقتضى هبة الثواب الاستسلام وترك[3] المشاحة، وذلك يخالف المنع من القبض[4].

واختُلِفَ إذا أثاب منها الموهوب؛ هل يلزم الواهب قبول الثواب أم لا؟

فقال ابن القاسم: يلزمه قبوله، وساوى بين فوات الهبة وبقائها اعتبارًا بنكاح التفويض، فإنَّ الزوج إذا فرض فيه صداق المثل؛ لزم، ولا قول للولي ولا للزوجة.

وقال مطرِّف: لا يلزمه قبوله، وللواهب أن يرجع فيها وإن أثابه أكثر من قيمتها[5].

واحتجَّ بقول عمر رضي الله عنه: "فهو[6] على هبته ما لم يرض منها".

قال: وليس يلزم الواهب قبول[7] قيمتها، فلو أراد ذلك باعها في السوق؛ إلَّا أن تفوت بموتٍ أو وطءٍ، وإن لم تحمل[8]؛ فلا تفيتها زيادة سوق ولا نقصه، ولا زيادة بدن ولا نقصه[9].

وأما قوله: (وإن فاتت عنده لزمته قيمتها؛ إلَّا أن يرضى واهبها بدون قيمتها).

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 129، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 238.

(2) ما يقابل كلمة (القول) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (الاستسلام وترك) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قوله: (وقال ابن المواز: ليس ... من القبض) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 6/ 274.

(5) قوله: (واختلف إذا أثاب منها الموهوب ... من قيمتها) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 7/ 323.

(6) كلمة (فهو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمتا (الواهب قبول) يقابلهما في (م): (قبول الواهب) بتقديم وتأخير.

(8) ما يقابل عبارة (أو وطء، وإن لم تحمل) غير قطعي القراءة في (م).

(9) من قوله: (واختلف إذا أثاب) إلى قوله: (زيادة بدن ولا نقصه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3410 و3411.

والأصل في ذلك ما قاله مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في هبة الثواب تتغير عند الموهوب بزيادة أو نقص أنه تلزمه قيمتها يوم قبضها[1].

قال مرة أخرى: يوم وهبها.

قال ابن المواز: والصواب يوم القبض؛ لأنه كان في قبضها بالخيار[2].

وفوات الهبة عند الموهوب يوجِبُ عليه قيمتها.

والفوت[3]: خروجها من يده.

والهلاك[4]، وحدوث العيوب وتغير[5] الأبدان [فوت][6]، وليس حوالة الأسواق فوتًا[7]، وولادة الأمة فوت؛ لأنه نقص، وزوال بياض كان بعينها فوت؛ لأنه نماء، والهدم والبناء[8] في الدار فوت، والغرس في الأرض فوت[9].

[م: 315/ أ] ووجه القول بأنَّ القيمة يوم الهبة هو أن الهبة قد لزمت الواهب بالقبول، فإذا فاتت ولزمت المعطي؛ [ز: 834/ أ] وجب أن تلزمه بقيمتها[10] يوم لزمت المعطي؛ لأنَّ المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض؛ فوجب

---

(1) انظر الموطأ، للإمام مالك: 4/ 1092 والمدونة (صادر/ السعادة): 6/ 79.

(2) قوله: (قاله مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا ... قبضها بالخيار) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 239.

و من قوله: (والأصل في ذلك) إلى قوله: (في قبضها بالخيار) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 373.

(3) ما يقابل كلمة (والفوت) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (والهلاك) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمة (وتغير) يقابلها في (ز): (وفي تغيير) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) كلمة (فوت) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(7) ما يقابل كلمة (فوتًا) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (والبناء) غير قطعي القراءة في (م).

(9) قوله: (وفوات الهبة عند الموهوب ... الأرض فوت) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 10/ 382.

(10) في (ز): (قيمتها).

أن يكون عليه نقصها[1] قبل القبض؛ كبيع الخيار إذا رضي مشترط الخيار البيع؛ فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص[2].

وليس للمبتاع أن يقول: أنا آخذه وتحط عني نقصه في مدة الخيار، قاله الباجي[3].

[فيمن وهب هبةً مطلقةً، وادَّعى أنها للثواب]

(ومن وهب هبة مطلقة وادَّعى أنه وهبها للثواب؛ نُظِرَ في ذلك وَحُمِل على العرف فيه:

فإن كان مثله ممن يطلب الثواب على هبته؛ قُبِل قوله مع يمينه.

وإن كان مثله لا يطلب الثواب على هبته؛ فالقول قول الموهوب له مع يمينه.

وإن أشكل ذلك واحتمل الوجهين؛ فالقول قول الواهب مع يمينه.

ومن وهب هبة لصلة رحم؛ فليس فيها مثوبة.

وكذلك من وهب هبة[4] لله تعالى حِسْبَةً؛ فليس له على هبته مثوبة)[5].

اعلم أن من وهب هبة مطلقة وادَّعى أنه وهبها للثواب، وأنكر ذلك الموهوب؛ فلا يخلو الواهب من ثلاثة أحوال:

إمَّا أن يعلم أن مثلَه يطلب الثواب على هبته، أو يكون مثله لا يطلب الثواب على هبته، أو يشكل أمره.

فإن كان مثله ممن يطلب الثواب على هبته؛ قُبِل قوله مع يمينه.

وإن كان مثله ممن لا يطلب الثواب؛ فالقول[6] قول الموهوب له مع يمينه.

---

(1) ما يقابل كلمة (نقصها) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمتا (وعليه النقص) يقابلهما في (م) و(ز): (والنقص) وما أثبتناه موافق لما في منتقى الباجي.

(3) المنتقى، للباجي: 8/ 17 و18.

(4) كلمة (هبة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 314 و315 و(العلمية): 2/ 370 و371.

(6) كلمة (فالقول) يقابلها في (ز): (على هبته قبل) وما اخترناه موافق لما في كافي ابن عبد البر.

فإن أشكل الأمر في ذلك؛ كان القول في ذلك[1] قول الواهب مع يمينه؛ لأنَّ الغالب أن لا يُخرِجَ أحد من يده شيئًا إلا بعوض[2].

قال ابن القاسم: وما وهبت[3] لقرابتك، وعُلِمَ أنك أردت ثوابًا؛ فذلك [لك][4] إن أثابوك، وإلا رجعت، وما علم أنه لغير ثواب -كصلتك لفقيرهم وأنت غني- فلا ثواب لك، ولا تُصدَّق أنك أردته، ولا رجعة لك في هبتك.

وكذلك هبة غني لأجنبي فقير، أو فقير لفقير، ثم يَدَّعي أنه أراد الثواب؛ فلا يُصدَّق إذا لم يشترط في أصل الهبة ثوابًا، ولا رجعة له في هبته[5].

وكذلك ما وهبه أحد الزوجين لصاحبه، أو الولد لوالده، أو الوالد لولده[6].

قال الباجي: يراعى في ذلك حالة المعطِي والمعْطَى والهبة، فإن كان العرف شاهدًا بالثواب؛ أخذ العوض، وإلَّا فلا، كالدنانير والدراهم، فإنها من جنس ما لا يوهب للثواب إذا وهبها مطلقًا، ثم طلب الثواب، قال مالك: لا تقبل دعواه، وقوله مردود.

قال: ووجه ذلك أنَّ الدنانير والدراهم لا غرض في أعيانها، فإنما يوهب للثواب ما يكون الغرض في عينه، كالعروض والحيوان[7] والعقار[8].

قال شيخنا: ولأنَّ العرف كالشرط، وإذا كان كذلك فإقدام هذا على الهبة[9] ونقل ملكه مع ثبوت عرف في ذلك دليل على أن الواهب رضي بذلك، حيث عُلِمَ أن العرف[10] أن لا

---

(1) كلمتا (في ذلك) ساقطتان من (ز).

(2) من قوله: (اعلم أن من وهب) إلى قوله: (يده شيئًا إلا بعوض) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 1006**.

(3) ما يقابل كلمتا (وما وهبت) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمة (لك) ساقطة من (م) و(ز) وقد أتينا بها من تهذيب البراذعي.

(5) ما يقابل كلمة (هبته) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (لولده) غير قطعي القراءة في (م).

المدونة (صادر/ السعادة): **6/ 96** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 238 و239**.

(7) ما يقابل كلمة (والحيوان) غير قطعي القراءة في (م).

(8) المنتقى، للباجي: **8/ 9**.

(9) ما يقابل عبارة (هذا على الهبة) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (العرف) غير قطعي القراءة في (م).

ثواب وسَكَتَ عن الاشتراط.

ولا رجعة له في هبته؛ لأنَّ هبته محمولة على غير الثواب؛ فليس له أخذ هبة قد قبضت [ز: **834**/ ب] منه؛ لأنَّ العرف كشاهدٍ له [م: **315**/ ب] أنه أعطاه إياها لغير الثواب[1]، فإذا حلف على ذلك استقلت حجته، فلم تؤخذ منه.

وأما إن وهب فقير لغني، أو غني لغني[2]؛ فهو يصدَّق أنه[3] أراد الثواب، فإن أثابه وإلَّا رجع في هبته[4].

[هبة المرء بعض ولده دون بعض]

(ولا بأس أن يهب المرء لبعض ولده دون بعض جزءًا من ماله.

ويُكْرَه له أن يهب له ماله كله؛ إلَّا أن يكون يسيرًا)[5].

والأصل في ذلك ما رُوي أنَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه "وهب لعائشة رضي الله عنها شيئًا من ماله دون بقية أولاده"[6].

إذا ثبت هذا فيجوز للإنسان أن يهبَ لبعض ولده دون بعض جزءًا من ماله؛ إلَّا أن الأحسن أن يساوي بينهم.

يدل على ذلك ما رُوي عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما أن أباه نحله شيئًا من ماله، وأراد أن يشهد النبي ﷺ على ذلك، فقال له النبي ﷺ: «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هذَا؟**» قال: لا، قال: «**فَارْجِعْهُ**»، فرجع فردَّ عطيته[7].

---

(1) في (م): (ثواب).

(2) كلمة (لغني) يقابلهما في (ز): (الفقير ولغني).

(3) كلمتا (يصدَّق أنه) يقابلهما في (م): (مصدق بأنه).

(4) قوله: (وأما إن وهب ... في هبته) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 239**.

(5) التفريع (الغرب): **2/ 315** و(العلمية): **2/ 371**.

(6) تقدم تخريجه فيمن قال: مالي حبس صدقة لا يباع ولا يوهب ولا يملك من كتاب الوقف والحبس: **378/9**.

(7) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **4/ 1088**، في باب ما لا يجوز من النحل، من كتاب الأقضية، برقم (**604**).

=

ولأنَّ ذلك يؤدِّي إلى العقوق، ويورث الحسد؛ فاستحبت المساواة لذلك، ويكره له أن يهب ماله كله؛ إلا أن يكون يسيرًا.

والفرق بين[1] هبة البعض وبين هبة الجميع هو أنَّ البعض لا يتولد فيه العداوة والبغضاء؛ لأنه قد أبقى ما يصير للأولاد الباقين؛ بخلاف هبة الجميع فإنه لم يُبْقِ لهم شيئًا[2].

وروى ابن القاسم في "العتبية" فيمن تصدَّق بماله كله على بعض ولده، قال: لا أرى ذلك جائزًا، وقال ابن القاسم: لا يرد[3].

فوجه القول الأول ما رُوي عن النعمان بن بشير أن أباه نحله عبدًا، وأراد أن يشهد النبي ﷺ على ذلك، فقال له رسول الله ﷺ: «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هذَا؟**» قال: لا، قال: «**فَأَرْجِعْهُ**»[4]، ومن طريق آخر: «**إني لاَ أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ**»[5].

قال ابن شعبان: إنما قال هذا؛ لأنَّ بشيرًا لم يكن له مال غيره، فمن فعل هذا رُدَّ فعله.

ووجه القول الثاني ما رَوى ابن مزين عن يحيى بن يحيى أنه قال: إنما أمره رسول الله ﷺ

=

والبخاري: 3/ 157، في باب الهبة للولد، وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجز، حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله، ولا يشهد عليه، من كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، برقم (2586).

ومسلم: 3/ 1241، في باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، من كتاب الهبات، برقم (1623) جميعهم بألفاظ متقاربة عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما.

(1) كلمة (بين) يقابلها في (ز): (بينه وبين).

(2) من قوله: (إذا ثبت هذا؛ فيجوز) إلى قوله: (فإنه لم يبق لهم شيئًا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 505.

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/ 502.

(4) جملة (أن أباه نحله عبدًا وأراد ... لا، فأرجعه) يقابلها في (ز): (آنفًا).

(5) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 171، في باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، من كتاب الشهادات، برقم (2650).

ومسلم: 3/ 1243، في باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، من كتاب الهبات، برقم (1623) كلاهما عن النعمان بن بشير رضي الله عنه.

باسترجاعه كراهة[1] تفضيل بعض ولده على بعض، فقال له: "ارتجعْه" ولم يفسخه، وإنما ندبه إلى ذلك[2].

قال شيخنا: ولأنها لو كانت باطلة لما أمره أن يرتجعها هو[3]، ولقال له: فعلك باطل، فحيث وكل الإبطال إليه دلَّ على أنها صحيحة[4].

وإنما أمره النبي ﷺ بارتجاعها؛ لأنها وقعت على غير وجه الكمال، وأنها غير مستحسنة في[5] الشرع.

وأما إذا كان المال يسيرًا؛ فإنه يجوز؛ لأنه لا يقع به[6] عداوة كهبة بعض المال؛ لأنه يعلم أنه لو ساوى بينهم فيه لم يصر له في نصيبه ما ينتفع به ذلك الانتفاع، فعلمه بنزارة ما ينوبه يبعثه على عدم الحسد عليه.

[صدقة المرء بماله كله]

(ولا بأس أن يتصدَّق المرء بماله كله)[7].

والأصل في ذلك ما رُوي أنَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه تصدَّق بجميع ماله، والنبي ﷺ عالمٌ بذلك، فلم ينكر[8] عليه[9]، وفعَلَه جماعة من ....

---

(1) في (م): (كراهية).

(2) قوله: (إنما قال هذا؛ لأنَّ بشيرًا لم يكن ... إلى ذلك) بنحوه في المنتقى، للباجي: 7/ 502.

(3) كلمة (هو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) ما يقابل كلمتا (أنها صحيحة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (مستحسنة في) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 315 و(العلمية): 2/ 371.

(8) ما يقابل كلمة (ينكر) غير قطعي القراءة في (م).

(9) يشير للحديث الحسن الذي رواه أبو داود: 2/ 129، في كتاب الزكاة، برقم (1678). والترمذي: 5/ 614، في باب من أبواب المناقب، برقم (3675) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ نَتَصَدَّقَ فَوَافَقَ ذَلِكَ عِنْدِي مَالًا، فَقُلْتُ: الْيَوْمَ أَسْبِقُ أَبَا بَكْرٍ إِنْ سَبَقْتُهُ يَوْمًا، قَالَ: فَجِئْتُ بِنِصْفِ مَالِي، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَا أَبْقَيْتَ لِأَهْلِكَ؟» قُلْتُ: مِثْلَهُ، وَأَتَى أَبُو بَكْرٍ بِكُلِّ مَا عِنْدَهُ، فَقَالَ: «يَا أَبَا بَكْرٍ مَا أَبْقَيْتَ لِأَهْلِكَ؟» قَالَ: أَبْقَيْتُ لَهُمُ اللهَ وَرَسُولَهُ، قُلْتُ: لَا أَسْبِقُهُ إِلَى شَيْءٍ أَبَدًا وهذا لفظ أبي داود.

الصحابة[1]، وهذا إذا كان المتصدِّق له[2] ما يرجع إليه من صناعة أو حرفة، فأمَّا إن كان[3] لا يرجع إلى[4] ما يقوته أو يقوت عياله -إن كان ذا عيال- [ز: **835**/ أ] فلا ينبغي له ذلك، وقد منع النبي ﷺ [م: **316**/ أ] سعدًا رضي الله عنه أن يوصِي بماله كله؛ إبقاءً على ورثته[5]، فإبقاء الإنسان على نفسه أَوْلَى[6].



(1) ما يقابل كلمة (الصحابة) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (ز): (به).

(3) ما يقابل كلمة (كان) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (إليه).

(5) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **4/ 1106**، في باب القضاء في الوصية في الثلث، لا يتعدى، من كتاب الوصية، برقم (**611**).

والبخاري: **5/ 178**، في باب حجة الوداع، من كتاب المغازي، برقم (**4409**).

ومسلم: **3/ 1250**، في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصية، برقم (**1628**) جميعهم بألفاظ متقاربة عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(6) قوله: (والأصل في ذلك... على نفسه أَوْلَى) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 506**.

كتاب الوصايا

(ومن مات وعليه دين وأوصى بثلث ماله[1]؛ فإنه يُبدأ من تركته بكفنه وحنوطه ومؤنة دفنه نفقة[2] بالمعروف، متوسطة، ثم يقضى دينه، ثم يخرج ثلثه في وجوه وصيته، ثم يكون ما بَقِيَ بعد ذلك لورثته على كتاب الله ﷻ وفرائضه)[3].

وإنما قال: **(إنه يبدأ من تركته بكفنه، وحنوطه، ومؤنة دفنه)** لأنَّ ذلك أمر واجب، وهو مقدَّم على الديون والوصايا؛ ألا ترى أنه في[4] حال حياته يترك له ثياب جسده، فكذلك بعد وفاته، ثم مؤنة[5] دفنه؛ لأنه لو لم يفعل ذلك لأدَّى إلى ضياعه وكشف عورته، ولأنَّ ستر الميت وصيانته حق لله تعالى.

وحقوق الله تعالى[6] مقدَّمة لا يجوز تركها ولا التواطؤ على إسقاطها؛ ألا ترى أن الميت لو وصَّى بأن لا يكفن وأن يدفن عريانًا؛ لم يكن له ذلك، وأنه لو لم يخلف[7] كفنًا؛ لوجب على المسلمين تكفينه، ولأن حُرْمة الميت[8] كحرمةِ الحي.

ولمَّا لم يجز أن يُنْزَع من الحيِّ كسوته التي لا بدَّ منها؛ فكذلك الميت[9]، ولأنَّ ما يتعلَّق بحاجته بعد موته هو كحاجته في حياته، فلمَّا كان في حياته أَوْلَى الناس بماله فيما[10] يحتاج إليه، فكذلك بعد موته[11].

---

(1) كلمتا (بثلث ماله) يقابلهما في (م): (بثلثه).

(2) كلمة (نفقة) ساقطة من طبعة دار الغرب.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 321 و(العلمية): 2/ 377.

(4) ما يقابل حرف الجر (في) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (ثم مؤنة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) جملة (وحقوق الله تعالى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) ما يقابل كلمة (يخلف) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمتا (حرمة الميت) يقابلهما في (م): (حرمته).

(9) كلمتا (فكذلك الميت) يقابلهما في (م): (فكذلك من الميت).

(10) ما يقابل عبارة (الناس بماله فيما) غير قطعي القراءة في (م).

(11) من قوله: (ولأنَّ ستر الميت وصيانته) إلى قوله: (فكذلك بعد موته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 195.

واحتجَّ ابن رشد في "مقدماته" بما رُوي عن النبيِّ ﷺ أنه أَمَرَ بدفنِ قتلى أُحُد في ثيابهم[1] من غير أن يعتبر ما يبقى لورثتهم أو لدين إن كان عليهم[2].

قال الأبهري: ولأنَّ الكفن والحنوط لمَّا كانا مُقَدَّمين على الدَّين والوصية، وكان الدَّين من رأس المال؛ وجب أن يكون ما كان مقدَّمًا على الدَّين -وهو أوكد[3] منه- أن يكون من رأس المال.

قال[4]: ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم.

ثم الدين[5] إن كان عليه دين[6]؛ لأن الدَّين مُقَدَّم على الوصايا وسائر التبرعات؛ لأنه من رأس المال، والوصية من الثلث، فالدَّيْن أقوى رتبة[7]، ولا خلاف في ذلك.

ورُوي عن النبيِّ ﷺ أن قال: «**الدين يبدأ على الوصايا**»[8]، والإجماع على ذلك[9].

قال عبد الحق في كتاب التبدئة: إنما بدئ بالدين على أهل المواريث؛ لأنَّ الدَّين قد أخذ[10] عوضه، والمواريث الواجبة لأهلها لم يأخذ المتوفى عنها عوضًا، فكانت[11] الديون مُبَدَّأة.

---

(1) لعله يشير للحديث الضعيف الذي رواه أبو داود: **3/ 195**، في باب الشهيد يغسل، من كتاب الجنائز، برقم (**3134**) عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظه: «أَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِقَتْلَى أُحُدٍ أَنْ يُنْزَعَ عَنْهُمُ الْحَدِيدُ وَالْجُلُودُ، وَأَنْ يُدْفَنُوا بِدِمَائِهِمْ وَثِيَابِهِمْ».

(2) المقدمات الممهدات، لابن رشد: **3/ 122**.

(3) ما يقابل عبارة (على الدين، وهو أوكد) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (بحال).

(5) في (م) و(ز): (بدين) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) كلمة (دين) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) عبارة (لأنه من رأس... أقوى رتبة) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) رواه البخاري معلقًا: **4/ 5**، في باب تأويل قول الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: **11**]، من كتاب الوصايا.

ووصله الترمذي: **4/ 435**، في باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية، من أبواب الوصايا، برقم (**2122**) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(9) قوله: (ثم الدين إن... والإجماع على ذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 139**.

(10) ما يقابل كلمتا (قد أخذ) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل كلمة (فكانت) غير قطعي القراءة في (م).

قال ابن يونس: وسواء كان الدين لمن يجوز إقراره له[1]، أو لمن لا يجوز إقراره له، فإن[2] كان لمن يجوز إقراره له؛ أخذه، وإن كان لمن لا يجوز إقراره له؛ عزل، وورِّث، وكانت الوصايا في ثلث[3] ما بقي بعد ذلك[4]؛ لأنَّ الدَّين لما منع منه للتهمة بقيت الوصايا على ما أرادَه الميت، ثم الميراث؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ الآية [النساء: 12][5].

[تفرقة الوصية]

(وللرجل أن يوصي بثلثه [ز: 835/ ب] **وبمن يليه من ولده إلى من شاء [إذا كان مأمونًا]**[6].

ولا بأس أن يوصي بثلثه لرجل، وبولده لآخر)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها، وحقوق ولده أو بعضها وكيلًا واحدًا أو وكلاء[8] عدَّة، فكذلك الوصية.

ولا بأس أن يوصي بثلثه لرجل وبولده لآخر؛ لأنَّ ذلك من حقه، فله أن يجمعه وله أن يفرقه[9].

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) كلمتا (له فإن) يقابلهما في (م) و(ز): (له، أو لمن لا يجوز، فإن) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) كلمة (في ثلث) يقابلهما في (ز): (بثلث).

(4) كلمتا (بعد ذلك) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 139**.

(6) جملة (إذا كان مأمونًا) ساقطة من (ز) و(م) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) ما يقابل عبارة (يوصي بثلثه لرجل، وبولده لآخر) غير قطعي القراءة في (م).

و التفريع (الغرب): **2/ 321** و**322** و(العلمية): **2/ 377**.

(8) ما يقابل كلمتا (أو وكلاء) غير قطعي القراءة في (م).

(9) قوله: (وإنما قال ذلك ... أن يفرقه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 516**.

[فيمن قال: وصيتي إلى فلان]

(ومن قال: وصيتي إلى فلان؛ فهي وصيَّةٌ في ثلثه، وَوَالٍ على صغار ولده)[1].

اعلم أنَّ الوصية تجوز مطلقة ومقيدة، فإن قال: فلان وصيي، أو وصيتي إلى فلان ولم يزد[2] على ذلك؛ جاز، وكان وصيًّا على كلِّ شيءٍ يجوز أن يوصى به من[3] النظر في ثلثه، والولاية على ولده وجميع ما يحتاج إليه ولده.

وقال الشافعي: لا تجوز الوصية المطلقة[4].

ودليلنا أنَّ الإطلاق يقتضي العموم[5]، فأشبه ما لو نصَّ [م: **316**/ ب] على ذلك[6].

قال الأبهري: لأنَّ الموصي[7] قد أقام الوصي مقامه[8] في النظر لولده في نفسه وماله؛ فكان ذلك إليه.

قال مالك: ومن قال: فلان وصيي ولم يزد؛ فقد بالغ في الإيصاء، ويكون وصيًّا على كل شيء، كمن سُمُّيت له الأمور.

وإن قال: فلان وصيي على كذا لشيء خَصَّه؛ فإنما هو[9] وصيه على ما سمَّى فقط، وإن قال: فلان وصيي حتى يَقْدُم فلان فيكون وصيي، فذلك جائز ويكون كما قال[10].

قال ابن يونس: وينبغي إذا مات فلان القادم[11] -قبل أن يقدم- أن يكون هذا وصيًّا؛

---

(1) التفريع (الغرب): **2**/ **322** و(العلمية): **2**/ **377**.

(2) ما يقابل جملة (فلان وصيي، أو وصيتي إلى فلان ولم يزد) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (به من) غير قطعي القراءة في (م).

(4) الأم، للشافعي: **4**/ **118**.

(5) ما يقابل كلمتا (يقتضي العموم) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قوله: (اعلم أنَّ الوصية تجوز ... نصَّ على ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2**/ **516**.

(7) في (ز): (الوصي).

(8) عبارة (قد أقام الوصي مقامه) يقابلها في (ز): (مكانه).

(9) كلمتا (فإنما هو) يقابلهما في (ز): (نفذ، وكان) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) المدونة (صادر/ السعادة): **6**/ **15**، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4**/ **176**.

(11) كلمتا (فلان القادم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

لأنه إنما خلعه عند قدوم فلان الغائب، فمتى لم يقدم؛ فهو باقٍ على الوصية[1].

[في الوصية بالنكاح]

(والوصية[2] بالنكاح جائزة كالوصية[3] بالمال)[4].

وقد تقدَّم الكلام على هذه المسألة في كتاب النكاح.

[الوصية المطلقة والمقيدة]

(وللموصي أن يوصي[5] بما إليه من الوصية إذا لم يمنعه الموصي من ذلك)[6].

وقال الشافعي: ليس له ذلك إذا أطلق إليه الوصية، وإن أذن له؛ فله قولان:

أحدهما أنه يملك أن يوصي.

والآخر أنه[7] لا يملك.

ودليلنا على أنه إذا أطلق أنَّ للموصَى إليه أن يوصي؛ لأن[8] ذلك معنى يملكه الموصى إليه إذا نصَّ عليه؛ فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية.

أصله: سائر الحقوق التي يوصى فيها[9].

وأما إن أذن له؛ فلا وجه للمخالفة فيه؛ لأنه[10] قد أباح له ذلك[11].

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 93**.

(2) في (م) و(ز): (والوصايا) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (م) و(ز): (والوصايا) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): **2/ 322** و(العلمية): **2/ 377**.

(5) ما يقابل كلمة (يوصي) غير قطعي القراءة في (م).

(6) التفريع (الغرب): **2/ 322** و(العلمية): **2/ 377**.

(7) ما يقابل كلمة (أنه) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (م): (أن).

(9) كلمة (فيها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) ما يقابل كلمتا (فيه؛ لأنه) غير قطعي القراءة في (م).

(11) قوله: (وقال الشافعي: ليس ... له ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 517**.

[العفو عن القاتل]

(ويجوز عفو الرجل عن قاتله عمدًا، ولا يجوز عفوه عن قاتله خطأ؛ إلَّا أن يحمل الثلث ديته)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الواجب بقتل العمد قود، وإسقاط القود ليس بإسقاط مال؛ فجاز عفوه عن قتل العمد[2]؛ كان له مال أو لم يكن[3].

قال الأبهري: لأن قتيل العمد إنما يجب فيه القصاص لا المال، فإذا عفي عن القاتل فلم يترك مالًا قد وجب له، وتركه لغير المال جائز[4]، كما لو عفا عن قاذفه؛ كان جائزًا، وسواء كان القاتل حرًّا أو عبدًا [ز: 836/ أ] قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: لا يجوز عفوه عن العبد وإن كان عمدًا إلا في[5] ثلثه بمنزلة الخطأ؛ لأنَّ قتل العمد[6] مال، إلا أن يشاء أولياء الحر أن يقتلوا.

فإذا لم يشاءوا القتل فيصير مالًا، ويجعل في[7] الثلث الأقل من قيمة العبد أو دية المقتول، فإن كان العبد يجاوز الثلث؛ سقط عنه محمل الثلث، وقيل[8] لسيده: افْدِ ما بقي من عبدك بحصة ذلك من الدية أو أسْلِمه، قاله في[9] "النوادر"[10].

ولأنَّ الواجب في قتل الخطأ مال، وليس له أن[11] يتصرَّف في المال بالإسقاط إلا في

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 322 و323 و(العلمية): 2/ 377.

(2) ما يقابل عبارة (عن قتل العمد) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (لأنَّ الواجب بقتل العمد قود ... لم يكن) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 517.

(4) في (ز): (جاز).

(5) ما يقابل حرف الجر (في) غير قطعي القراءة في (م).

(6) في (م): (العبد) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) ما يقابل كلمتا (ويجعل في) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (الثلث وقيل) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمتا (قاله في) يقابلهما في (ز): (ومن).

(10) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 578 و579.

(11) ما يقابل كلمتا (له أن) غير قطعي القراءة في (م).

الثلث[1].

قال الأبهري: لأنَّ الذي له أن يخرجه عن ورثته من ماله على غير عوض هو الثلث لا أكثر.

[في الوصية للقاتل]

(ومن أوصى[2] لرجل بوصيةٍ، ثم قتله الموصى له خطأ؛ لم تسقط وصيته. وإن قتله عمدًا؛ بطلت وصيته[3] إلَّا أن يوصي له بعد علمه بقتله)[4].

اعلم أن من أوصى لرجل بوصية، ثم قتله الموصى له خطأ؛ جازت وصيته[5]، وكانت في المال كله[6] دون الدية، كمن قَتَله وارثه خطأ؛ فإنه يرث من المال[7] دون الدية؛ لأنَّ الدية عنه أُدِّيت وهو يؤدي[8] فيها، فلو أخذ منها صار كأنه يؤدي لنفسه عن نفسه [م: 317/ أ]، أو كأنه[9] لم يؤدِّ شيئًا، أو أدَّى أقل مما لزمه، وسواء مات بالفور[10]، أو حيى وعرف ما هو فيه؛ بخلاف ما لو أوصى لغير القاتل بعد أن حيى وعرف ما هو فيه؛ فإن الوصية تدخل في المال والدية جميعًا؛ لأنَّ الموصى له ليست الدية عليه كما هي على القاتل.

وإن قتله عمدًا؛ فلا وصية له في مالٍ ولا دية، كمَنْ قتل وارثه عمدًا، فإنه لا يرث من مال ولا دية[11] إن مات مكانه ولم تعتبر الوصية.

---

(1) قوله: (ولأنَّ الواجب في... في الثلث) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 517.

(2) ما يقابل كلمتا (ومن أوصى) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (عمدًا بطلت وصيته) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 323 و(العلمية): 2/ 377.

(5) ما يقابل عبارة (ثم قبله الموصى له خطأ جازت وصيته) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (كله) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(7) ما يقابل كلمتا (من المال) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (أديت وهو يؤدي) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمتا (أو كأنه) يقابلهما في (م): (وكأنه).

(10) كلمة (بالفور) يقابلها في (م): (في الفور).

(11) جملة (كمن قتل... مال ولا دية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

وكذلك إذا عاش بعد ذلك ولم يعلم أنه ضاربه.

وكذلك إن علم ولم تكن الوصية بكتاب[1].

وإن كانت بكتاب، فعلم وأقرَّ الوصية على حالها؛ فهي جائزة، بمنزلة ما لو أوصى له بعد الجناية، وإن أوصى له بعد أن ضربه خطأً؛ كانت الوصية في المال والدية.

قال ابن المواز: سواء علم، أو لم يعلم[2]، ولا يتهم الضارب ههنا أنه أراد استعجال شيء؛ لأنَّ الوصيةَ إنما كانت بعد الضرب، وإن كانت الجناية عمدًا؛ كانت الوصية في المال دون الدية؛ لأن قبول الدية كمالٍ لم يعلم به؛ لأنها لا تجب إلا بالموت، فلا تدخل[3] فيه[4] الوصية[5].

---

(1) من قوله: (اعلم أن من أوصى) إلى قوله: (تكن الوصية بكتاب) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 130.

(2) من قوله: (وإن قتله عمدًا) إلى قوله: (علم، أو لم يعلم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3596.

(3) ما يقابل عبارة (بالموت فلا تدخل) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (فيها).

(5) في (م): (الوصايا).

قول ابن المواز بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 130 و131.

[فيمن أوصى لجماعة بوصايا، فمات واحدٌ منهم قبل موت الموصي]

(ومن أوصى لجماعة بوصايا، فماتَ واحدٌ منهم قبل موت الموصي، فعلم بموته أو لم يعلم؛ ففيها ثلاث روايات:

إحداهن أنه يحاص أهل الوصايا بقدرِ وصيته علم بموته أو لم يعلم، فما أصابه كان لورثة الموصي[1]، ولا شيء لورثة الموصَى له.

والرواية الأخرى أنه[2] قد بطلت وصيته، ولا يحاص أهل الوصايا علم[3] بموته الموصي[4] أو لم يعلم.

والرواية الثالثة أنه إن كان علم بها[5] لم يحاص أهل الوصايا بقدرها[6]، وإن لم يكن يعلم بها حاصَّ أهل الوصايا بها، فما أصاب الموصى له كان لورثة الموصي)[7].

فوجه الرواية الأولى هو أن الموصى له بطلت وصيته[8]، وصار ما كان [له][9] لورثة الميت، فحلوا [ز: 836/ ب] محله في أخذ الوصية، وفي الحصاص بها، ولأنه[10] هو كذلك كان[11] يحاصصهم بوصيته، وكما لو مات بعد موت الموصي لحلَّ ورثته محله؛ لانتقال الوصية إليهم، فما أصابه في المحاصة؛ كان لورثة الموصي، ولا شيء لورثة

---

(1) ما يقابل عبارة (كان لورثة الموصي) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (أنها).

(3) كلمتا (الوصايا علم) يقابلهما في (م) و(ز): (الوصايا به علم) وما اخترناه موافق لما في طبعتيِ (الغرب) و(العلمية).

(4) قوله: (الموصي) ساقط من طبعة دار الكتب العلمية.

(5) في (ز) و(م): (بموته) وما اخترناه موافق لما في طبعتيِ (الغرب) و(العلمية).

(6) في (ز): (بها) وما يقابل كلمة (بقدرها) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 323 و(العلمية): 2/ 378.

(8) ما يقابل عبارة (الموصى له بطلت وصيته) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (له) ساقطة من (م) و(ز) وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(10) في (م): (لأنه).

(11) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

الموصى له؛ لأنه إنما يملك الوصية بموت الموصي، فإذا مات قبل ذلك؛ لم يكن[1] له شيء.

ووجه الرواية الثانية هو أن الوصية لمَّا بطلت بموت الموصي، فكأنَّ الميت لم يوص بها؛ فوجب أن لا يحاص بها، كما لو أوصى لرجل بعبدٍ ولآخرين بوصايا فمات العبد؛ أن للموصى لهم ثلث ما بقي، ولا يحاصوا بقيمة العبد؛ لأنه لما مات بطلت الوصية به، وكأنَّ الموصي لم يوص إلا بما بقي من الوصايا، فكذلك هذا[2].

ووجه الرواية الثالثة هو أنه[3] إذا علم بموته فكأنَّه أقر وصيته لمن بقي من أهل الوصايا، فلم يحاص أهل الوصايا بقدرها[4]، وإن لم يكن علم بها حاص[5] أهل الوصايا بها[6]؛ لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به؛ فلذلك وقعت المحاصة[7].

[في الوصية بأكثر من الثلث]

(وليس للمرء أن يوصي بأكثر من ثلثه إلا بإذن ورثته)[8].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إِنَّ اللهَ ﷻ، جَعَلَ لَكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ، عند مقتضى أَعْمَارِكُمْ، زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**»[9].

---

(1) ما يقابل كلمة (قبل ذلك لم يكن) غير قطعي القراءة في (م).

(2) من قوله: (فوجه الرواية الأولى) إلى قوله: (فكذلك هذا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 248.

(3) ما يقابل كلمة (الثالثة: هو أنه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) كلمة (بقدرها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) ما يقابل عبارة (لم يكن علم بها حاص) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) ما يقابل عبارة (فلذلك وقعت المحاصة) غير قطعي القراءة في (م).

قوله: (ووجه الرواية الثالثة... فلذلك وقعت المحاصة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 522.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 323 و(العلمية): 2/ 378.

(9) حسن، رواه ابن ماجة: 2/ 904، في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصايا، برقم (2709).

والطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 380، برقم (7380).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 441، برقم (12571) جميعهم بألفاظ متقاربة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وهذا يدل على أنه لا تصرف [م: 317/ ب] له إلا في الثلث، ويدل على ذلك -أيضًا- ما رُوي عن عمران بن حصين أنه قال: "أعتق رجل ستة أعبد له عند موته لا مال له غيرهم، فأسهم النبي ﷺ بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة" خرَّجه مسلم[1].

وهذا الحديث أصلٌ في الوصية إذا زادت على الثلث، وأنها مقصورة على الثلث ولا تبطل جميعها، فإن أذن له ورثته؛ جاز ذلك؛ لأنَّ المنع إنما كان لأجلهم، فإذا أسقطوا حقوقهم؛ جاز.

وإن أجازه بعضهم دون بعض؛ جاز نصيب من أجازه منهم، وأخذ من لم يجز[2] منهم حقه؛ لأن من أجاز فقد أسقط حقه، ومن منع من ذلك[3] فقد بقي على طلب حقه.

[في إذن الورثة لمورثهم في الزيادة على الثلث في الوصية]

(ومن استأذن ورثته وهو مريض في الوصية بأكثر من ثلثه فأذنوا له فأوصى؛ فليس لهم رجعة في إذنهم، وإن استأذنهم وهو صحيح فأذنوا له؛ فلهم الرجوع[4] فيما زاد على الثلث)[5].

اعلم أن من استأذن ورثته في الوصية بأكثر من ثلثه فأذنوا له[6]، ثم رجعوا بعد موته[7]، فلا يخلو ذلك[8] من ثلاثة أحوال:

إما أن يجيزوا في الصحة، أو في المرض، أو بعد الموت.

---

(1) تقدم تخريجه في قسمة الثياب والدور ونحوهما، من كتاب القسمة: 294/9.

(2) في (ز): (يجزه).

(3) كلمتا (من ذلك) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

(4) ما يقابل كلمة (الرجوع) غير قطعي القراءة في (م).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 323 و324 و(العلمية): 2/ 378 و379.

(6) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) كلمتا (بعد موته) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(8) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

فإن أجازوا في الصحة؛ فلا يلزمهم ذلك ولهم الرجوع فيه؛ لأنهم لا حق لهم[1] عليهم في[2] الحجر عليه حال الصحة، فأشبه إذن الأجنبي أنه لا يلزمه إذا صار وارثًا[3].

قال الأبهري: ولأنهم تركوا شيئًا لم يجب؛ لأنَّ الصحيح له التصرف في ماله على عوض وعلى غير عوض، ليس لأحدٍ عليه[4] اعتراض من وارثٍ أو غيره، وليس كذلك المريض.

وذلك بمنزلة الشفيع إذا [ز: **837**/ أ] ترك شفعته قبل البيع، والولي إذا عفا عمن سيقتل وليه أو عفا عمن سيقذفه وأشباه[5] ذلك؛ لأن تركه لهذه الأشياء قبل أن تجب عليه غير لازم[6] له.

قال الباجي: في الإيصاء حالة الصحة لا يخلو ذلك: إما أن يكون لسبب، أو لغير سبب، فإن كان لسبب -كالغزو والسفر- واستأذنهم فأذنوا له؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن ذلك يلزمهم ولا رجوع لهم.

والأخرى أنه لا يلزم، ولهم الرجوع[7].

فوجه الرواية الأولى هو أن حال الغزو والسفر حال خوف، فأشبه ذلك المرض؛ فلا رجوع لهم، قاله الأبهري.

وقال الباجي في التوجيه هو أن ذلك[8] سبب للوصية غالبًا، فلم يكن لهم رجوع كالمرض.

ووجه الرواية الثانية هو أنه إنما[9] تصرَّف في حال الصحة، فلم يلزم الورثة الإجازة

---

(1) كلمة (لهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل كلمتا (عليهم في) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (اعلم أن من استأذن ... صار وارثًا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 509**.

(4) ما يقابل عبارة (عوض، ليس لأحدٍ عليه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (وأشباه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (الأشياء قبل أن تجب عليه غير لازم) غير قطعي القراءة في (م).

(7) المنتقى، للباجي: **8/ 141**.

(8) ما يقابل عبارة (هو أن ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (هو أنه إنما) غير قطعي القراءة في (م).

فيها، كما لو كانت بغير[1] سبب.

وإن أجازوا بعد الموت؛ فلا رجوع لهم فيه من غير خلاف؛ لأن الإرث قد وجب[2] لهم فتركوه[3].

وإن أجازوه في حال المرض المخوف عليه فقال مالك: أما من كان بائنًا عنه من ولد[4] أو أخ أو ابن عم؛ فليس لهم رجوع[5].

قال الأبهري: لأنهم قد تركوا ما وجب لهم من الحق؛ فليس لهم أن يرجعوا فيه إذا كان قد أنفذه؛ لأنه قد فات، ووجب لمن أنفذه له.

قال: ولأنهم قد تركوا حقهم؛ ألا ترى[6] أن المريض محجور عليه من أجل ورثته لما قد وجب لهم من الحق[7] في ماله، وهو منع تصرفه[8] على غير عوض من أجلهم، فإذا أذنوا له جاز تصرفه فيه، ولم يكن لهم رجوع؛ لأنهم قد تركوا ما وجب لهم [م: **318**/ أ]، وذلك بمنزلة ترك الشفيع الشفعة بعد البيع، والولي إذا ترك القود بعد أن يجب له؛ فإن لم يكن المريض أنفذ ذلك؛ كان للوارث أن يرجع فيه؛ لأنه لم يفت بالتقييد.

وأما من كان في عياله من ولدٍ قد احتلم أو بناته[9]، أو زوجاته[10] فذلك لهم.

وكذلك ابن العم الوارث إن كان ذا حاجة إليه ويخاف إن منعه وصحَّ؛ أضرَّ به في منع رِفْده؛ فلهؤلاء أن يرجعوا إذا رأى أن إجازتهم خوفًا مما[11] وصفنا[12].

---

(1) ما يقابل كلمة (بغير) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمة (وجب) غير قطعي القراءة في (م).

(3) انظر: المنتقى، للباجي: **8**/ **142**.

(4) ما يقابل عبارة (عنه من ولد) غير قطعي القراءة في (م).

(5) قوله: (وإن أجازوه في حال ... فليس لهم رجوع) بنحوه في الخصال، لابن زرب، ص: **226**.

(6) ما يقابل عبارة (حقهم؛ ألا ترى) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (الحقوق).

(8) ما يقابل عبارة (وهو منع تصرفه) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (ز): (شابة).

(10) في (ز): (زوجات).

(11) في (ز): (بما).

(12) قوله: (وأما من كان في ... مما وصفنا) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **6**/ **75** وتهذيب البراذعي =

وسواء تبرَّعوا بذلك ابتداءً من غير أن يطلبهم أو بطلبه؛ لأنهم يقولون: إنما بادرنا بالإجازة لتطييب نفسه، وخشِينا إن لم نبادر مَنَعْنا رِفده[1]؛ فلهم بذلك حجة ومقال -والله أعلم- إلا أن يجيزوا بعد الموت؛ فلا رجوع لهم بعد ذلك إذا كانت حالتهم مرضية، ولا يجوز إذن البكر والابن الصغير والسفيه[2] وإن لم يرجعا[3].

[الوصية في حدود الثلث حتى لمن ليس له وارث]

(ومن لم يكن له وارث؛ فليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه)[4].

اختُلِفَ فيمن أوصى بماله كله ولا وارث له، هل له ذلك أم لا؟

فقيل: ليس له ذلك.

وقيل: وصيته ماضية[5].

قال أشهب: وبلغني عن عليٍّ وابن مسعود فيمن لا وارث له أن له أن يوصي بماله كله، وللوصي أن ينفذ ذلك في وجهه ولا ضمان عليه.

وذكر أبو زيد [ز: 837/ ب] عن ابن القاسم في المسلم يموت ولا وارث له أن له أن يتصدَّق بماله كله.

قال: إلا أن يكون الوالي مثل عمر بن عبد العزيز؛ فليدفع إليه[6].

فوجه المنع قوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**»[7].

وظاهر هذا أنه ليس له في الزائد شيء، ....

= (بتحقيقنا): 4/ 211 و212.

(1) قوله: (وسواء تبرعوا... نبادر منعنا رفده) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 5/ 2584.

(2) كلمتا (الصغير والسفيه) يقابلهما في (م): (السفيه).

(3) قوله: (إلا أن يجيزوا بعد الموت ... لم يرجعا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 249.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 324 و(العلمية): 2/ 379.

(5) قوله: (اختلف فيمن أوصى ... وصيته ماضية) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3601.

(6) من قوله: (قال أشهب: وبلغني) إلى قوله: (العزيز فليدفع إليه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 137.

(7) تقدم تخريجه في الوصية بأكثر من الثلث من كتاب الوصية: 9/452.

ولأن المسلمين يعقلون عنه[1]، فلم يكن له أن يوصي في حقهم بأكثر من الثلث كالورثة[2].

قال الأبهري: ولأن المسلمين عصبته وورثته[3]، فكانوا أولى به من هذا الذي أوصى له -أعني: بثلثي ماله- ألا ترى أنَّ المسلمين يعقلون عنه إذا جنى جناية خطأ، وينفق عليه من مالهم إذا احتاج؛ فكذلك يرثونه[4].

ووجه الجواز هو أنَّ المنع إنما كان لحقِّ الورثة، وليس ثمَّ وارث يستحق هذا المال، فلم يمنع، وقد أجاز ذلك علي بن أبي طالب، وابن مسعود[5].

[في الوصية بأكثر من الثلث]

(ومن أوصى بأكثر من ثلثه؛ فورثته بالخيار في إجازة ما زاد على ثلثه[6] وفي ردِّه، فإن أجازوه مضى، وإن ردُّوه بطل.

وإن أجازه بعضهم دون بعض؛ جاز نصيب مَنْ[7] أجازه منهم، وأخذ من لم يُجِزْ منهم حقه)[8].

وإنما كان الخيار للورثة؛ لأنَّ الميت قد تجاوز ما[9] جعل له من الوصية بالثلث إلى الزيادة عليه؛ فكان للورثة أن يجيزوا ذلك أو يمنعوا؛ لتعلق حقوقهم[10] به[11]، ....

(1) ما يقابل كلمة (عنه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (فوجه المنع قوله ... الثلث كالورثة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 508.

(3) ما يقابل عبارة (المسلمين عصبته وورثته) غير قطعي القراءة في (م).

(4) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [26/ ب].

(5) قوله: (وقد أجاز ذلك علي بن أبي طالب، وابن مسعود) بنحوه في المنتقى، للباجي: 8/ 96.

(6) ما يقابل عبارة (إجازة ما زاد على ثلثه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (دون بعض جاز نصيب من) غير قطعي القراءة في (م).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 324 و(العلمية): 2/ 379.

(9) ما يقابل كلمة (ما) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (حقوقهم) غير قطعي القراءة في (م).

(11) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

فإذا أجازوه[1] جاز؛ لأن المنع إنما كان لأجلهم[2]؛ لأنَّ ما زاد على الثلث حق لهم، فإذا أجازوه[3] فقد أسقطوا حقوقهم؛ فجاز.

وإن أجازه بعضهم دون بعض؛ جاز في حق من أجازه، ولم يجز في حق من مَنَع؛ لأنَّ من أجاز فقد[4] أسقط حقه[5]، ومن منع فقد طلب حقه؛ فكان ذلك له[6].

[في الوصية للوارث]

(ولا وصية لوارث من ثلث ولا غيره[7]؛ إلَّا أن يجيز ذلك الورثة)[8].

والأصل في ذلك ما خرَّجه الدارقطني[9] عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ**»[10].

قال الأبهري: ولأنَّ المريض إنما حجر عليه ورثته؛ لئلا يخرج ماله [م: 318/ ب] عنهم على غير عوض إلا بإذنهم، وكذلك لا يجوز أن يفضل[11] بعضهم في شيء يعيطه إياه إلا بإذن الآخر؛ لأنَّه يكون حينئذٍ كأن الوارث أعطاه إياه.

قال: ولا خلاف في هذا بين أحدٍ من العلماء.

قال: وقد روى إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم أنه قال: سمعت أبا

---

(1) في (ز): (أجازوا).

(2) ما يقابل كلمة (لأجلهم) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (أجازوه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (فقد) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمتا (أسقط حقه) يقابلهما في (م): (أسقطوا حقوقهم).

(6) من قوله: (وإنما كان الخيار للورثة) إلى قوله: (حقه؛ فكان ذلك له) بنحوه في المنتقى، للباجي: 8/ 129.

(7) ما يقابل عبارة (وصية لوارث من ثلث ولا غيره) غير قطعي القراءة في (م).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 324 و(العلمية): 2/ 379.

(9) ما يقابل عبارة (ما خرَّجه الدارقطني) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ضعيف، رواه الدارقطني في سننه: 5/ 171، برقم (4150).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 431، برقم (12535) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(11) ما يقابل عبارة (يجوز أن يفضل) غير قطعي القراءة في (م).

أمامة ﷺ يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول[1] في خطبته[2] عام حجة[3] الوداع: «**إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**»[4]، ولأنَّ الله تعالى جعل لكل وارث شيئًا معلومًا من التركة، فإذا خصَّ الميت بعضهم بزيادة على ذلك فقد أعطاه من حق غيره [ز: **838**/ أ] إلا أن يجيز ذلك الورثة فيجوز؛ لأنَّ المنع إنما كان لحقهم، فإذا أسقطوا حقوقهم؛ جاز[5].

[فيمن أوصى بعتق معين ووصايا]

(ومن أوصى بعتق معين ووصايا ولم يَسَعْ ذلك ثلثه؛ فالعتق مبدَّأ على الوصايا، ومن أوصى بعتق معين وزكاة؛ فالزكاة مبدَّأة.

وقال عبد الملك: العتق مبدَّأ على الزكاة)[6].

اعلم أنَّ السنة المعمول[7] بها أنَّ العتق مبدأ على الوصايا إذا كان عتقًا معينًا، وقاله مالك وأصحابه.

قال أشهب: وبلغنا أنَّ النبيَّ ﷺ وأبا بكر وعمر قضوا بذلك[8].

قال: ولأنَّ من أعتق شقصًا له في عبد استتم عتقه عليه، ولا يفعل ذلك في صدقة ولا غيرها.

---

(1) كلمة (يقول) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (خطبة).

(3) كلمة (حجة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) حسن صحيح، رواه أبو داود: **3/ 114**، في باب ما جاء في الوصية للوارث، من كتاب الوصايا، برقم **(2870)**.

والترمذي: **4/ 433**، في باب ما جاء لا وصية لوارث، من كتاب أبواب الوصايا، برقم **(2120)** كلاهما عن أبي أمامة ﷺ.

(5) قوله: (وقد روى إسماعيل ... حقوقهم؛ جاز) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 508** و**509**.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 324** و(العلمية): **2/ 379**.

(7) ما يقابل عبارة (أنَّ السنة المعمول) غير قطعي القراءة في (م).

(8) من قوله: (اعلم أنَّ السنة المعمول) إلى قوله: (وعمر قضوا بذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 140**.

قال الأبهري: ولأنَّ العتق أوكد سببًا وأعظم حرمة؛ لأنها حرمة تثبت في البدن، وحرمة البدن أوكد من حرمة المال[1].

واختُلِفَ إذا أوصى بعتق معين وزكاة؛ بأيهما يبدأ؟

فقال مالك: الزكاة مبدأة[2].

وقال عبد الملك: العتق مبدأ، فراعى عبد الملك العتق لتأكد حرمته؛ لأنها حرمة ثبتت في البدن، وحرمة البدن أوكد من حرمة المال[3]، وراعى مالك الزكاة؛ لأنها من حقوق الله تعالى[4].

قال الأبهري: ولأن الزكاة واجبة والعتق تطوع، فكان إخراج الواجب وتقديمه[5] أَوْلَى من التطوع، كما كان أداء الدين الذي هو واجب أَوْلَى مما هو ليس بواجب من الوصايا، وسواء أوصى بعتق عبد بعينه، أو أعتق بتلًا في مرضه أنَّ الزكاة مبدأة؛ لأنها أوكد.

وقد قال محمد بن مسلمة: إن العتق المبتل في المرض أَوْلَى من الزكاة.

قال: لأنه يقدر أن يرجع عن وصيَّته بالزكاة، ولا يقدر أن يرجع عن العتق.

قال الأبهري: وقول مالك أصح من قِبَل أن الزكاة فرض، والعتق[6] ليس بفرض عليه، فكان أداء الفرض وتقدمته أَوْلَى من التطوع، والزكاة مقدَّمة على كل شيء من الوصايا إلا على التدبير في الصحة؛ لأنه ليس يجوز له أن يرجع عن التدبير في الصحة، ولأنَّ سببه أوكد؛ لأنه عقد حرمة[7] قد ثبت في حال الصحة، فأما التدبير في المرض؛ فالزكاة مقدَّمة[8] عليه.

---

(1) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [187/ أ].

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 39، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 189.

(3) عبارة (مبدأ، فراعى عبد الملك ... المال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(4) قوله: (واختلف إذا... لأنها من حقوق الله تعالى) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 529.

(5) في (م): (وتقدمته).

(6) ما يقابل عبارة (الزكاة فرض، والعتق) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (م): (حرية).

(8) ما يقابل كلمتا (فالزكاة مقدمة) غير قطعي القراءة في (م).

وكذلك على العتق في المرض بتلًا كان أو وصية في عبد بعينه أو بغير[1] عينه؛ لتأكد حرمته؛ لأنَّ حرمته ثبتت في البدن، وحرمة البدن آكد من حرمة المال[2].

[اجتماع الزكاة والكفَّارة في الوصية]

(ومن أوصى بزكاة وكفَّارة؛ فالزكاة مبدَّأة على[3] الكفارة)[4].

وإنما بُدئت الزكاة على الكفارة لتأكدها، ومن تأكُّدها أنها وجبت ابتداءً[5]، والكفَّارة إنما وجبت بفعل من الإنسان، وما وجب ابتداءً فهو أقوى، وأيضًا فإن الكفَّارة فيها عوض[6] عن العتق إذا عدمه وهو الصوم، ولا عوض عن الزكاة، وسواء كانت زكاة مال، أو زكاة [م: **319**/ أ] ماشية، أو زكاة حرث، أو زكاة فطر.

وهل تقدَّم[7] زكاة المال على [ز: **838**/ ب] زكاة الفطر أم لا؟

اختلف في ذلك على قولين فالمشهور من المذهب أن زكاة المال مقدَّمة على زكاة الفطر؛ لأنَّ زكاة المال واجبة بنصِّ القرآن، فكانت أقوى مما ثبت بأخبار الآحاد.

وقال ابن الماجشون: زكاة الفطر وغيرها من الزكوات[8] بمنزلة واحدة.

قال الباجي: لأنهما زكاتان واجبتان، فلم تقدَّم إحداهما على الأخرى[9].

ذكر ابن يونس عن أشهب أنَّ الزكاة لا تبدأ على الوصايا[10]؛ لأنَّ وجوبها[11] لا

---

(1) ما يقابل كلمتا (أو بغير) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (لتأكد حرمته... آكد من حرمة المال) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (في).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 325 و(العلمية): 2/ 379.

(5) ما يقابل كلمة (ابتداءً) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (فيها عوض) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (وهل تقدم) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (م): (الزكاة).

(9) قوله: (وهل تقدم... إحداهما على الأخرى) بنحوه في المنتقى، للباجي: 8/ 117.

(10) كلمتا (على الوصايا) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(11) ما يقابل كلمة (وجوبها) غير قطعي القراءة في (م).

يُعلم إلا من قوله[1] وجهته، فصارت كالوصايا[2].

(ومن أوصى بوصايا وكفَّارات ونذور؛ فالكفارات [والنذور][3] مُبَدَّأة على الوصايا.

وكذلك كل ما كان بعضه آكد من بعض إذا أوصى بهما جميعًا؛ فإنه يبدأ بالآكد فالآكد)[4].

اعلم أنَّ أول ما يبدأ به في الثلث المدبَّر في الصحة على كل وصية وعلى العتق الواجب وغيره؛ إذ ليس للميت أن يرجع فيه[5]، وله أن يرجع في الوصية بالعتق[6] وغيره قبل موته إلا ما بتله في مرضه؛ فلا يرجع فيه[7].

واختُلِفَ في المدبَّر في الصحة، وفي صداق المنكوحة في المرض إذا بنى بها فقال مالك مرة: المدبَّر في الصحة مبدأ على صداق المنكوحة في المرض، وقال مرة: يبدأ بالصداق، وقال أيضًا: يتحاصَّان[8].

فوجه القول بأنه يبدأ المدبر في الصحة فلأنه عقدٌ وجب في وقت كان له التصرف في جميع ماله وهو الصحة، وصداق المنكوحة في المرض الذي هو ممنوع فيه من ثلثي المال، فقوِي حكم التدبير؛ فلهذا يبدأ.

ووجه القول بأنه يبدأ بصداق المنكوحة في المرض، فلأنه أشبه باب المعاوضات؛ لأخذ المريض بضع الزوجة بالصداق الواجب لها، ولأنه إذا صح؛ كان الصداق عليه من

---

(1) كلمة (قوله) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 149.

(3) كلمة (والنذور) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 325 و(العلمية): 2/ 379 و380.

(5) ما يقابل كلمتا (يرجع فيه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمة (بالعتق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) قوله: (اعلم أنَّ أول ... يرجع فيه) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 188.

(8) ما يقابل كلمتا (أيضًا: يتحاصان) غير قطعي القراءة في (م).

قوله: (واختلف في المدبر ... وقال أيضًا: يتحاصان) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 2/ 298.

رأس المال، والمدبر إنما هو من الثلث على كل حال؛ فكان الصداق أقوى.

ووجه القول بأنهما يتحاصان؛ فلِما قدمناه من ترجيح [وجه][1] كل قول، فكأنهما تساويا عنده، فرأى العدل بينهما التحاصص ثم الزكاة.

وإنما ضعف حكمها عنهما؛ لأنَّ[2] وجوبها إنما هو[3] معلوم من جهته، ونحن لا ندري أصدق في ذلك أم كذب؟!

وما قدمناه ثابت بالسنة؛ فهو أقوى[4].

وأيضًا فإن التدبير له طالب معين مستحق له، والزكاة إنما يستحقها المساكين، وهم غير معلومين.

وإنما[5] بدِّئت الزكاة على العتق في الظهار وقتل النفس؛ لأنَّ فيهما العوض عن العتق في العدم، وهو الصوم، ولا عوض في الزكاة، ولا بدَّ من نفاذها؛ فهي أقوى.

ثم[6] العتق في الظهار وقتل النفس لا يُبَدَّأ أحدهما على صاحبه؛ لأنهما لمَّا استويا في العدد[7] في الصوم؛ وجب أن[8] يستويا في المال، فما وقع للظهار؛ أطعم به، وما وقع للقتل؛ شارك به في رقبة[9].

[ز: 839/ أ] وقيل: يُبْدَأ بعتقِ قتل النفس؛ لأنَّ عتق الظهار منه عوض في المال وهو الإطعام، وعتق[10] قتل النفس لا بدل منه في المال.

---

(1) كلمة (وجه) زائدة من جامع ابن يونس.

(2) في (ز) و(م): (لأنهما) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) ما يقابل عبارة (عنهما؛ لأنها وجوبها إنما هو) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (ثابت بالسنة فهو أقوى) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (وإنما) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (ثم) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في جامع ابن يونس: (العدم).

(8) ما يقابل عبارة (الصوم وجب أن) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (للقتل شارك به في رقبة) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (الإطعام، وعتق) غير قطعي القراءة في (م).

وقيل: يقرع بينهما؛ لأنه لا يجزئ عتق بعض رقبة عن[1] كلِّ واحدٍ منهما، فأقرع بينهما؛ ليصح العتق لأحدهما؛ إذ ليس هو مقدم حقيقة، [م: **319**/ ب] فمن صار[2] له السهم فالله سبحانه أعطاه وأحرم[3] صاحبه.

ثم كفارة اليمين، وإنما بُدِّئ العتق في الظهار وقتل النفس عليهما؛ لأنَّ كفارة اليمين هو مخيَّر فيها بين[4] العتق والإطعام والكسوة، وكفارة الظهار وقتل النفس هو مقصور على العتق لا ينتقل عنه إلا بالعدم، فكان حُكْمهما[5] أَقْوى.

ثم كفارة الوطء في رمضان، وإنما بُدِّئَ بكفارة اليمين عليها؛ لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى، وكفارة الوطء في رمضان واجبة بالسنة، فكانت كفارة اليمين أَقْوى، ثم كفارة الإطعام في رمضان دونها؛ لأنها باجتهاد العلماء، ثم المدبر والمبتل في المرض معًا، وإنما بُدِّئ بالكفارة عليهما؛ لأنها واجبة بنصِّ السنة، والتدبير والتبتيل إنما وجب بإدخاله على نفسه، فكان أضعف.

ثم الموصى بعتقه بعينه، والموصى أن يشترى فيعتق وهو بعينه، أو أوصى أن يعتق[6] إلى أجل قريب كالشهر ونحوه، أو يعتق[7] على مال يتعجله[8].

وإنما بُدِّئَ المبتل والمدبر في المرض على هؤلاء؛ لأنَّ له الرجوع فيهم، والمبتل والمدبَّر في المرض لا رجوع[9] له فيهما؛ فكان حكمهما أقوى، ثم العتق بعد موته بسنةٍ، وإنما بدئ هؤلاء عليه؛ لأنه قد يهلك قبل السنة فلا يصيبه عتق، وهؤلاء عتقهم ناجز.

ثم الموصى أن يكاتب، أو على مال فلم يعجله.

---

(1) ما يقابل عبارة (عتق بعض رقبة عن) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (ز): (طار).

(3) ما يقابل كلمة (وأحرم) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (من).

(5) ما يقابل كلمة (حكمهما) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (يعتق) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمة (يعتق) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمتا (مال يتعجله) يقابلهما في (م) و(ز): (ما تعجله) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(9) ما يقابل كلمتا (لا رجوع) غير قطعي القراءة في (م).

وإنما بدئ المعتق إلى سنة عليهما؛ لأنه بَتَله ولا يتوقع منه عجز؛ بخلاف المكاتب، فكان المعتق بعد سنة أقوى، فإن بَعُدَ أجل عتقه كالعشر سنين ونحوها[1]؛ تحاصوا لكثرة الغرر في أن لا يصيبه العتق[2]؛ إذ قد يهلك قبل تمام الأمد، وإذ قد يعجز هذا أو يهلك قبل الأداء، فكأنهم استووا في الغرر.

واختلف أبو محمد بن أبي زيد، وأبو موسى بن مناس هل يبدأ بالنذر على المدبر والمبتل في المرض أم لا؟

فذهب[3] أبو محمد إلى أن النذر يُبَدَّأ، وذهب أبو موسى بن مناس إلى أنَّ المبتل والمدبر في المرض يبدأ.

فوجه قول أبي محمد هو أنَّ النذر شيء أوجبه على نفسه في الصحة، فلا يدخل[4] عليه في المرض مختارًا ما يبطله أو ينقصه من قدره.

ووجه قول أبي موسى بن مناس هو أن النذر وإن كان في الصحة[5] لكنه لما فرَّط في إخراجه حتى أوصى به بعد موته[6] أشبَه الوصايا.

والعتق مبدأ على الوصايا، ثم الوصية بعتق [ز: **839**/ ب] عبد غير معين بالمال وبالحج.

وقد قيل: إن العتق بغير عينه يُبَدَّأ على[7] الحج.

وإنما بدئ بالنذر على العتق الغير المعين والوصايا بالحج؛ لأنَّ النذر شيء أوجبه على نفسه[8]، ولا يستطيع الرجوع فيه، والوصايا له الرجوع فيها، فكان حكم النذر أقوى.

---

(1) ما يقابل كلمة (ونحوها) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (العتق) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(3) ما يقابل كلمة (فذهب) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (فلا يدخل) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (وإن كان في الصحة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (بعد موته) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (العتق بغير عينه يبدأ على) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (على نفسه) غير قطعي القراءة في (م).

وإنما بُدِّئت الرقبة غير المعينة على الحج في أحد قوليه[1]؛ لأنَّ الحج عمل بدن، وقد كره أن يعمل أحد[2] عن أحد، وبالله التوفيق[3].

[فيمن أوصى بعتق مطلق غير معين ووصايا]

(ومن أوصى بعتقٍ مطلقٍ غير معين، ووصايا؛ فهو على وجهين:

إن كان العتق واجبًا من نذر، أو كفارة يمين، أو قتل نفس؛ فهو مبدَّأ [على الوصايا][4]،

وإن كان تطوعًا ففيها روايتان:

إحداهما أن العتق[5] مبدَّأ.

والأخرى أنه وسائر الوصايا سواء)[6].

وإنما [م: 320/ أ] أمر بتبدئة العتق إذا كان واجبًا؛ لأن الوصية كالتبرع[7] والعتق واجب، والواجب مُبَدَّأ على التبرع، كما كان أداء الدين الذي هو واجب أَوْلَى مما هو ليس بواجب من الوصايا.

وإن كان تطوعًا؛ ففيها روايتان:

إحداهما[8] أن العتق مُبَدَّأ[9]؛ لأن النبيَّ ﷺ أمر بتبدئة العتق على الوصايا، فعمَّ ولم يخص، واعتبارًا بما إذا كان معينًا.

والرواية الأخرى أنه وسائر الوصايا بالسواء؛ لأنها وصية بمال[10].

---

(1) ما يقابل كلمة (قوليه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (وقد كره أن يعمل أحد) غير قطعي القراءة في (م).

(3) من قوله: (فوجه القول بأنه يبدأ) إلى قوله: (عن أحد، وبالله التوفيق) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 148**، وما بعدها.

(4) كلمتا (على الوصايا) ساقطتان من (ز) و(م) وقد أتينا بهما من طبعتي التفريع .

(5) كلمتا (أن العتق) يقابلهما في (م): (أنه).

(6) التفريع (الغرب): **2/ 325** و(العلمية): **2/ 380**.

(7) ما يقابل عبارة (لأن الوصية كالتبرع) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (إحداهما) غير قطعي القراءة في (م).

(9) جملة (والأخرى: أنه وسائر الوصايا ... العتق مبدأ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(10) قوله: (والرواية الأخرى أنه ... لأنها وصية بمال) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 529**.

[في وصية الصبي المميز]

(ووصية الصبي المميز جائزة)[1].

اعلم أنَّ وصية الصبي المميز جائزة، ولم يختلف قول مالك ولا أحد من أصحابه فيها.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز[2].

ودليلنا: ما "رُوي عن[3] عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أجاز وصية[4] صبي يَفاع ابن عشر سنين ببئر قيمتها ثلاثون ألفا"[5].

قال الباجي: اليفاع: ابن عشر سنين، أو اثنتي[6] عشرة سنة[7].

وروى ابن وهب أنَّ أبَّان بن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع[8].

واختُلِفَ في السنِّ الذي تجوز فيه وصيته فقال مالك: إذا بلغ عشر سنين أو أقل بالشيء اليسير[9] إذا أصاب وجه الوصية[10].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 325 و(العلمية): 2/ 380.

(2) قوله: (اعلم أنَّ وصية... لا تجوز) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 1010.

(3) في (م): (أن).

(4) ما يقابل كلمة (وصية) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (ببئر قيمتها ثلاثون ألفا) غير قطعي القراءة في (ز).

والأثر رواه مالك في موطئه: 4/ 1104، في باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه، من كتاب الوصية، برقم (2820).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 461، برقم (12657) كلاهما عن عمرو بن سليم الزرقي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(6) في (ز): (إحدى) وما اخترناه موافق لما في منتقى الباجي.

(7) المنتقى، للباجي: 8/ 91.

(8) في (ز): (سبع) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

قوله: (وروى ابن وهب ... سنين أو تسع) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 127.

(9) ما يقابل عبارة (أقل بالشيء اليسير) غير قطعي القراءة في (م).

(10) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 33، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 185.

وقال في "العتبية": إذا أثغر وأمر بالصلاة وأدب عليها[1].

وقال ابن الماجشون في "المبسوط": إذا كان مراهقًا؛ جازت وصيته؛ لأنه عارف بوجوه القرب كالبالغ[2]، ولأن الفقر مأمون[3] عليه بعد الموت، [فلا يبقى موضع يمنع الوصية][4].

قال الباجي: أما الصغير[5] الذي لا يميِّز؛ فلا خلاف بين العلماء أنه لا تجوز وصيته؛ لأنه لا يصح قصده، كالمغمى عليه[6].

قال الأبهري: ولا فَرْقَ بين أن يكون صغيرًا أو كبيرًا إذا[7] كان يميز ويعقل ما يوصي به، ولم يجز أن يُمْنع من القربة[8] وفعل الخير، كما لم يمنع النبي ﷺ من الحج بالصبي.

قال: وليست الوصية كالعتق في حال حياتِه والهبة والصدقة؛ لأنَّ هذه الأشياء إنما يفعلها في حال يخشى عليه[9] الفقر بإخراجه هذه الأشياء، ولو جاز فعله لها؛ لم يكن للحجر عليه معنى، فأمَّا الوصية فلا يخشى عليه الفقر؛ فجازت وصيته.

قال مالك: ولا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم، بخلاف[10] الوصية.

والفرق بينهما أنَّ التدبير عقد لازم؛ فلم يلزم كالبيع والشراء، بخلاف الوصية[11].

وأما قوله[12]: (إذا أصاب وجه الوصية)، فهو أن يوصي بها قربة لله سبحانه، أو لصلة

---

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: **1/ 493**.

(2) قوله: (وقال ابن الماجشون... بوجوه القرب كالبالغ) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3594**.

(3) ما يقابل كلمتا (الفقر مأمون) غير قطعي القراءة في (م).

(4) عبارة (فلا يبقى موضع يمنع الوصية) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من إشراف عبد الوهاب.
وقوله: (ولأن الفقر مأمون ... يمنع الوصية) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 1010**.

(5) في (م): (الصغر).

(6) المنتقى، للباجي: **8/ 92**.

(7) ما يقابل كلمة (إذا) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (ولم يجز أن يمنع من القربة) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمتا (يخشى عليه) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (بخلاف) غير قطعي القراءة في (م).

(11) قوله: (قال مالك: ولا ... بخلاف الوصية) بنحوه في المنتقى، للباجي: **8/ 92**.

(12) ما يقابل عبارة (بخلاف الوصية وأما قوله) غير قطعي القراءة في (م).

رحم.

وأما أن يجعلها لمن[1] يستعين بها على شرب الخمر أو غيره مما لا يحل؛ فلا تمضي[2].

[في وصية السفيه المحجور عليه] [ز: 840/ أ]

(ووصية السفيه المحجور عليه جائزة إذا[3] كان عقله صحيحًا)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ السفيه إنما مُنع من إخراج[5] المال بغير عوض خوف الفقر، والوصية إنما تنفذ بعد الموت، وقد أمن عليه الفقر في تلك[6] الحالة[7].

قال مالك: والأمر المجمع عليه عندنا أنَّ وصية السفيه المحجور عليه، والمجنون الذي يصاب أحيانًا ويفيق[8] أحيانًا جائزة، إذا كان معهما من عقولهما ما يعرفان به الوصية[9]، وأما من[10] كان مغلوبًا عن عقله؛ فلا وصية له كالمجنون والمغمى عليه.

قال الأبهري: ولا خلاف نعلمه في أن[11] وصية من لا يعقل ولا يميز غير جائزة[12].

---

(1) ما يقابل عبارة (وأما أن يجعلها لمن) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (وأما قوله إذا... فلا تمضي) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3594.

(3) ما يقابل عبارة (المحجور عليه جائزة إذا) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 325 و(العلمية): 2/ 380.

(5) ما يقابل عبارة (مُنع من إخراج) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (الفقر في تلك) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (وإنما قال ذلك ... تلك الحالة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 514.

(8) ما يقابل عبارة (والمجنون الذي يصاب أحيانًا ويفيق) غير قطعي القراءة في (م).

(9) قول الإمام مالك بنحوه في منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/ 513.

(10) ما يقابل كلمتا (وأما من) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (خلاف نعلمه في أن) غير قطعي القراءة في (م).

(12) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [12/ أ].

[في الوصية للعبد والمرأة]

(والوصية إلى العبد والمرأة جائزة، وعبد نفسه وعبد غيره[1] بمنزلة واحدة)[2].

اعلم أنَّ الوصية إلى العبد جائزة إذا كان [م: **320**/ ب] مأمونًا على ما وَلِيَ عليه غير عاجز عنه، وسواء كان[3] مِلْكًا للميت أو لغيره إذا رَضِيَ سيده، وكان السيد ممن لا يخاف أن يغلب على ما في يد عبده[4].

وقال الشافعي: لا تجوز الوصية له[5].

ودليلنا أنه مأمون في نفسه يتأتَّى منه النظر في الوصية، فأشبه الحر[6].

وأما المرأة، فالأصل في جواز الوصية إليها[7] ما رُوي "أن عائشة رضي الله عنها كانت وصية على بنات أخيها عبد الرحمن"[8].

قال مالك: وقد أوصى عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى ابنته حفصة تنفيذ تركته[9].

قال الأبهري: ولأن الوصيَّ يُراد منه تنفيذ ما يوصي به الموصي وقيامه مقامه في ذلك، وفي حفظ ولده الأصاغر، وحفظ[10] مالهم؛ فلا فضل في ذلك بين الرجل والمرأة إذا كان

---

(1) ما يقابل عبارة (وعبد نفسه وعبد غيره) غير قطعي القراءة في (م).

(2) التفريع (الغرب): 2/ **326** و(العلمية): 2/ **381**.

(3) ما يقابل كلمتا (وسواء كان) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قوله: (اعلم أنَّ الوصية ... يد عبده) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3565** و**3566**.

(5) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

الأم، للشافعي: **8/ 86**.

(6) قوله: (وقال الشافعي: لا تجوز ... فأشبه الحر) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 515**.

(7) ما يقابل كلمة (إليها) غير قطعي القراءة في (م).

(8) رواه مالك في موطئه: **2/ 351**، في باب ما لا زكاة فيه من الحلي والتبر والعنبر، من كتاب الزكاة، برقم **(858)**.

وعبد الرزاق في مصنفه: **4/ 82**، برقم **(7052)** كلاهما عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه.

(9) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 284** والبيان والتحصيل، لابن رشد: **17/ 35**.

(10) عبارة (وفي حفظ ولده الأصاغر وحفظ) يقابلها في (م): (في حفظ) وما رجحناه موافق لما في مخطوط جوتة.

الوصي أمينًا[1].

فرع:

فلو أوصى إلى امرأته فتزوجت؛ فقال مالك: إن كانت لا بأس[2] بحالها؛ لم تكشف، وإن خيف؛ كشفت[3].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك إذا كانت مأمونة لا يجوز كشفها؛ لأنها على أصل الأمانة، وإنما يريد أولياء الولد الإضرار بها لمَّا تزوجت، وإن كانت غير مأمونة؛ كشف عن ذلك ونظر في المال؛ لأنه[4] حظ الأصاغر[5].

قال ابن القاسم: وإذا رضي حالها والمال يسير؛ لم يؤخذ منها ولم يكشف، وأما إن كان المال كثيرًا وهي مقلة، وخيف من ناحيتها؛ نزع المال منها.

قال مالك: وإن قال الميت: (إن تزوَّجَت فانزعوا الولد منها) فأرادت النكاح؛ فإن عزلتهم في مكان عندها مع خادم ونفقة؛ فهي أَوْلَى بهم وإلا نزعوا منها؛ لأن الميت لم يقل: (إن تزوجت فلا وصية لها) وإنما[6] قال: (ينزعوا منها) فالوصية لها قائمة[7].

[في الوصية إلى الكافر والفاسق]

(والوصية إلى الكافر والفاسق باطلة)[8].

اعلم أن الوصية لا يجوز إسنادها إلَّا إلى عدل قيِّمٍ بما[9] يسند إليه.

---

(1) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [3/ أ].

(2) كلمتا (لا بأس) يقابلهما في (ز): (تأمن) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 281**.

(4) ما يقابل كلمتا (المال؛ لأنه) غير قطعي القراءة في (م).

(5) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [3/ أ].

(6) ما يقابل عبارة (وصية لها، وإنما) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (قال ابن القاسم: وإذا ... لها قائمة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 282** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 107**.

(8) التفريع (الغرب): **2/ 326** و(العلمية): **2/ 381**.

(9) ما يقابل عبارة (إلى عدل قيم بما) غير قطعي القراءة في (م).

ولا يجوز إسنادها إلى غير عدل ويُعزل[1] إن أوصى إليه، ولا يراعى في ذلك اختيار الميت؛ لأنَّ الميت ليس له أن يختار على حق [ز:**840**/ ب] غيره، ولا يؤمن منه[2] إتلافه وإضاعته[3].

قال الأبهري: ولأن الذي أوصى به قد صار لغيره؛ فلا يجوز أن يقر ذلك في يد غير المأمون؛ لأنه إتلافٌ له، وسواء كان لورثته أو[4] لموصى لهم، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ الآية [النساء: **5**].

فأَمَر بحفظِ الأموالـ وأن لا تدفع إلى غير[5] المأمون عليها وإن كان مالكًا لها، فكان غير[6] المالك[7] الذي ليس بمأمون أَوْلَى أن لا يُدْفع إليه ملك[8] غيره، ولا يقر في يده، وفي نزعه من يده فعل خير[9] ومعونة على البر، وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ الآية [المائدة: **2**].

ولا تجوز الوصية ليهودي أو نصراني؛ لعدم العدالة[10]، ولأنه غير ناصح للمسلم.

قال ابن القاسم في "العتبية": إلا أن يكون أبوه أو أخوه؛ فلا بأس، وأما[11] لغير هؤلاء فلا[12].

---

(1) ما يقابل كلمة (ويُعزل) غير قطعي القراءة في (م).

(2) كلمة (منه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(3) قوله: (اعلم أن الوصية لا ... إتلافه وإضاعته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 515**.

(4) ما يقابل كلمتا (لورثته أو) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمتا (إلى غير) يقابلهما في (م): (لغير).

(6) ما يقابل كلمتا (فكان غير) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (المأمون).

(8) في (ز): (مال).

(9) ما يقابل عبارة (وفي نزعه من يده فعل خير) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (لعدم العدالة) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل عبارة (فلا بأس، وأما) غير قطعي القراءة في (م).

(12) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: **12/ 477**.

و قوله: (ولا تجوز الوصية ... هؤلاء فلا) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3565**.

قال ابن المواز وابن عبدوس: ولا يجوز أن يوصي إلى صبي أو ضعيف أو معتوه[1]؛ لأنَّ ذلك ليس من النظر.

قال ابن القاسم وأشهب: ومن أَوْصى إلى محدودٍ في القذف؛ فذلك جائز إذا كان[2] فلتة، وكان ممن يرضى حاله، وإن لم يَتَزَيَّد حُسْنَ حالٍ إذا[3] كان يومَ حُدَّ غير مسخوط[4].

وأما من حُدَّ في زنا أو سرقة أو شرب خمر؛ فلا يقع [في][5] مثل هذا لمن له ورع، ولا تجوز الوصية إليه إلا أن يُحْدِث[6] [م: 321/ أ] توبة، ويُعرف فضله، وتجوز وصية الذمي إلى الذمي[7]؛ لأنه على ملته[8].

[في ترك الوصية بعد قبولها]

(ومن قَبِل وصية؛ لم يجز[9] له[10] تركها بعد قبولها؛ إلَّا أن يعجز عنها، أو يكون له عذر في تركها)[11].

اختُلِفَ فيمن[12] قَبِل وصية، هل يجوز له الرجوع عنها أم لا؟

---

(1) ما يقابل عبارة (إلى صبي أو ضعيف أو معتوه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (فذلك جائز إذا كان) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (إذا) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (غير مسخوط) غير قطعي القراءة في (م).

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) و(م) وقد أتينا به من نوادر ابن أبي زيد.

(6) ما يقابل عبارة (الوصية إليه إلا أن يحدث) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (الذمي إلى الذمي) غير قطعي القراءة في (م).

(8) في (ز): (ذمته).

و من قوله: (قال ابن القاسم في "العتبية": إلا أن يكون) إلى قوله: (لأنه على ملته) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 280 و281.

(9) ما يقابل كلمة (يجز) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(11) التفريع (الغرب): 2/ 326 و(العلمية): 2/ 381.

(12) ما يقابل كلمتا (اختلف فيمن) غير قطعي القراءة في (م).

فقال مالك: ليس له ذلك.

وقال الشافعي: له الرجوع[1].

ودليلنا أنه قربة وفعل خير ألزمه نفسه؛ فلم يكن له الخروج منه[2] من غير عذر اعتبارًا بالصوم[3].

قال الأبهري: ولأنَّ القيام بالوصية فعل خير؛ فوجب إتمامه بعد الدخول فيه، كما يجب إتمام الحج والعمرة إذا دخل فيهما، وكذلك الصوم والصلاة والهدي إذا قلده، وأشعره، وأشباه ذلك.

فأمَّا إذا كان له عذر؛ جاز له الخروج منه، كما يجوز له الخروج من الصوم والصلاة لعذرٍ يحدث به[4].

قال أشهب: ولو قَبِلها في حياته ثم بدا له فردَّها؛ فذلك له؛ لأنه يقدر على الاستبدال.

ولو قبلها[5] بعد موت الموصي، أو جاء منه ما يدل[6] على رضاه من البيع والشراء لهم مما[7] يصلحهم؛ لزمته[8] الوصية.

وإذا أبى الموصى إليه من قبول الوصية[9] في حياة الموصي، وأبى -أيضًا- منها بعد مماته، ثم أراد قبولها؛ فليس له ذلك[10].

---

(1) الأم، للشافعي: **4/ 56**.

(2) في (م): (منها).

(3) قوله: (اختلف فيمن قبل وصية ... اعتبارًا بالصوم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 515**.

(4) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[4/ ب]**.

(5) عبارة (في حياته ثم بدا ... ولو قبلها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في نوادر ابن أبي زيد.

(6) ما يقابل كلمة (يدل) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (م): (ما).

(8) ما يقابل كلمة (لزمته) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (من قبول الوصية) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 279** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 95**.

[رجوع الموصي في وصيته]

(وللموصي أن يرجع في[1] وصيته في مرضه أو صحته)[2].

اعلم أنَّ من أوصى وصية فله أن يرجع فيها.

قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن من أوصى في صحته أو مرضه بعتق أو غيره؛ فإن له أن يغير ذلك متى أراد ويصنع فيه ما شاء حتى يموت، وله أن يطرح[3] تلك الوصية فيبدلها بغيرها[4]؛ إلَّا أن يدبر مملوكًا[5]، فإن دبر؛ فلا [ز: **841**/ أ] سبيل إلى تغيير ما دبَّر، فالأمر الذي[6] لا اختلاف فيه عندنا أنه يُغَيِّرُ من ذلك ما شاء غير التدبير[7].

قال الباجي: ولأن عقد الوصية جائز غير لازم؛ فله أن يغير[8] ما شاء بخلاف التدبير، فإنه عقد لازم؛ فهذا فَرْقُ ما بينهما[9].

قال في كتاب ابن المواز: ولا يرجع فيما بتل[10].

(ومن أقرَّ عند موته[11] لغير وارث بحق؛ فإقراره له لازم[12].

وإن أقرَّ لوارث بحق؛ لم يجز إقراره له إذا كان متهمًا فيما أقرَّ له به.

فإن كان غير متهم؛ جاز إقراره له)[13].

---

(1) في (ز): (عن).

(2) التفريع (الغرب): **2/ 326** و(العلمية): **2/ 382**.

(3) ما يقابل كلمتا (أن يطرح) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (م): (بغيره).

(5) ما يقابل عبارة (أن يدبر مملوكًا) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (دبر، فالأمر الذي) غير قطعي القراءة في (م).

(7) موطأ مالك: **4/ 1103** و**1104**.

(8) ما يقابل عبارة (لازم؛ فله أن يغير) غير قطعي القراءة في (م).

(9) انظر: المنتقى، للباجي: **8/ 80**.

(10) قوله: (قال في كتاب ابن المواز: ولا يرجع فيما بتل) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 90**.

(11) كلمتا (عند موته) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(12) كلمتا (له لازم) يقابلهما في (م): (لازم له) بتقديم وتأخير.

(13) ما يقابل عبارة (متهم؛ جاز إقراره له) غير قطعي القراءة في (م).

=

اعلم أن المريض إذا أقرَّ بحقٍّ عليه، فلا يخلو أمره من وجهين:

إما أن يقرَّ به لوارث، أو لغير وارث[1]، فإن أقرَّ به لوارث؛ نظر فإن أقر به لزوجته، فإن لم يعرف منه إليها انقطاع، وله ولد من غيرها[2]؛ فذلك جائز، وإن عُرف بانقطاع إليها ومودة، وقد كان بينه وبين ولده تفاقم[3]، ولعلَّ لها منه ولدًا صغيرًا؛ فلا يجوز إقراره.

قيل: أفغيرها[4] من الورثة بهذه المنزلة فيمن له[5] [منه][6] انقطاع أو بُعْد؟

قال: لا وإنما رأى مالك ذلك للزوجة؛ لأنَّه لا يُتَّهم إذا لم يكن له ولد منها، ولا يُعرف بانقطاع مودة[7] إليها أن يقر إليها بماله عن ولده[8].

قال مالك: وكذلك المرأة إذا أقرَّت[9] بقبضِ مهرها من زوجها في مرضها؛ لا يجوز، إلا أن يكون لها ولد من غيره، وكان بينها وبين[10] زوجها تفاقم؛ فيجوز[11].

وأما إن كان ورثته إخوته أو بنوه؛ فلا يجوز إقراره لبعضهم[12].

=

و التفريع (الغرب): 2/ 326 و(العلمية): 2/ 382.

(1) ما يقابل عبارة (أو لغير وارث) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (انقطاع وله ولد من غيرها) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (وبين ولده تفاقم) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (م) و(ز): (فغير) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) ما يقابل كلمة (له) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما بين المعكوفتين زيادة من تهذيب البراذعي .

(7) ما يقابل عبارة (ولد منها، ولا يُعرف بانقطاع مودة) غير قطعي القراءة في (م).

(8) من قوله: (اعلم أن المريض إذا أقر) إلى قوله: (إليها بماله عن ولده) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 213، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 429 و430.

(9) ما يقابل عبارة (المرأة إذا أقرت) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (وكان بينها وبين) غير قطعي القراءة في (م).

(11) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 11/ 582 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 410 و411.

(12) ما يقابل عبارة (يجوز إقراره لبعضهم) غير قطعي القراءة في (م).

وقوله: (وأما إن كان ورثته إخوته أو بنوه؛ فلا يجوز إقراره لبعضهم) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 430.

قال بعض أصحابنا: والفرق بين الزوجين وغيرهما من سائر الورثة أنَّ الورثة [م: 321/ ب] في الظنة أقوى؛ لأنَّ سببَهم باقٍ غير منقطع، وسبب الزوجين(1) منقطع بالموت والطلاق، والله أعلم(2).

ولو ترك ابنة وعصبة يرثونه بقرابة أو(3) ولاء؛ جاز، ولا يُتَّهم أن يقر إلى العصبة دون الابنة(4).

وإن أقرَّ لأحد ولديه ولا زوجة له، ولا يُعْلم منزلتهما عنده في المحبة(5) والبغض؛ لم يصدق.

وإذا كان صغيرًا أو كبيرًا(6)؛ لم يصدَّق في إقراره للصغير.

وكذلك(7) إن كانا كبيرين بارًّا وعاقًّا؛ لم يجز إقراره للبارِّ، ويجوز إقراره للعاقِّ(8).

وأصل هذا قيام التهمة، فإذا لم يُتَّهم فيمن يقر له؛ فذلك جائز، فهذا أصل ذلك(9).

قال الأبهري: وإنما لم يجز إقراره بالدَّين لمن يتهم في إقراره له؛ لأنه يصير وصية لوارث، فلم يقبل ذلك منه؛ إلا أن يكون للمقر له بينة على دَيْنِه، أو كان ممن لا يُتَّهم في إقراره له.

قال(10): وذلك بمنزلة ....

(1) ما يقابل كلمتا(وسبب الزوجين) غير قطعي القراءة في (م).

(2) من قوله: (قال مالك: وكذلك) إلى قوله: (منقطع بالموت والطلاق) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/ 467.

(3) كلمتا (بقرابة أو) يقابلهما في (ز): (بقرابة أو بغير قرابة أو) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) قوله: (ولو ترك ابنة... دون الابنة) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 213، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 430.

(5) ما يقابل عبارة (عنده في المحبة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (صغيرًا أو كبيرًا) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمة (وكذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(8) قوله: (وإن أقر لأحد... ويجوز إقراره للعاق) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5564.

(9) قوله: (وأصل هذا قيام ... أصل ذلك) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 5/ 213، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 430.

(10) كلمة (قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

من يعترف بدين[1] عليه لبني عمه أو مواليه وله بنات وأخوات، وأشباه ذلك ممن يقرب منه، فهذا يعلم في الأغلب أنه لا يخرج المال عن[2] بناته أو أخواته إلى الأباعد من عصبته ومواليه؛ إلا أن تعلم منه عداوة لمن يقرب منه، وانقطاع إلى من يبعد عنه[3]؛ فلا يجوز إقراره إذا كان[4] كذلك لمن يبعد عنه من ورثته.

فإذا أقرَّ بدينٍ لبناته أو أخواته وله عصبة أباعد، أو موالي[5]؛ [ز: **841**/ ب] لم يقبل إقراره؛ لأنه يُتَّهم أن يكون أراد منع الأباعد من ورثته من الميراث، وصَرْف ماله إلى من يقرب منه من ورثته من البنات[6] وغيرهم، وهذا فيه التهمة في الأغلب، وذلك معروف عند الناس أنَّ ذلك على ما وصفناه.

وكذلك إقراره لزوجته غير جائز إذا[7] كان يرثه ورثته الأباعد.

قال: وأصل هذا[8] الباب عند مالك أن كل من اتهم في الإقرار لوارثه في[9] مرضه؛ فإقراره غير جائز، وكل من لم يتهم[10] في إقراره؛ فهو جائز، وذلك[11] يُعْرَف من حال[12] المقر على ما[13] يعرف الناس، وعلى حسب الاجتهاد من الناظر في ذلك.

وإن أقرَّ لغير وارث؛ جاز؛ لأنَّ المقرَّ له ممن لا يتهم المقرُّ في إقراره له، فأشبه إذا أقر

---

(1) ما يقابل كلمتا (يعترف بدين) غير قطعي القراءة في (م).
(2) ما يقابل عبارة (لا يخرج المال عن) غير قطعي القراءة في (م).
(3) في (ز): (منه).
(4) ما يقابل كلمة (كان) غير قطعي القراءة في (م).
(5) ما يقابل كلمتا (أو موالي) غير قطعي القراءة في (م).
(6) ما يقابل كلمتا (من البنات) غير قطعي القراءة في (م).
(7) ما يقابل عبارة (غير جائز إذا) غير قطعي القراءة في (م).
(8) ما يقابل كلمة (هذا) غير قطعي القراءة في (م).
(9) ما يقابل عبارة (الإقرار لوارثه في) غير قطعي القراءة في (م).
(10) ما يقابل عبارة (وكل من لم يتهم) غير قطعي القراءة في (م).
(11) ما يقابل كلمة (وذلك) غير قطعي القراءة في (م).
(12) كلمتا (من حال) يقابلهما في (م): (بحال).
(13) ما يقابل عبارة (المقر على ما) غير قطعي القراءة في (م).

له في الصحة، واعتبارًا بما إذا قامت البينة[1].

واستدلَّ بعض المتأخرين على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ الآية [الأنعام: **164**].

قال: وإقرار المرء على نفسه كسب عليها؛ فوجب أن يلزمَه ويُؤخذ به.

قال: وهو عام في كل نفسٍ صحيحة أو مريضه ما دامت مكلفة[2].

[في الإقرار للصديق الملاطف]

(ومن أقرَّ لصديقٍ ملاطفٍ بإقرارٍ عند موته؛ ففيها روايتان:

إحداهما[3] أن إقرارَه له باطل لا يجوز[4] من رأس ماله، ولا من ثلثه.

والأخرى أنه جائز من ثلثه[5] دون رأس ماله)[6].

قال اللخمي: اعلم أن من أقرَّ لصديقٍ[7] ملاطف في مرضه بدين، فإقراره له جائز بشرطين:

أحدهما[8] أن لا يكون عليه دين لأجنبيٍّ.

والثاني أن يكون ورثته ولدًا ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا[9]، فإن كان عليه دين لأجنبي، أو كان ورثته[10] عصبة؛ لم يجز إقراره.

---

(1) قوله: (وإن أقرَّ لغير وارث؛ جاز ... قامت البينة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 217.

(2) من قوله: (وإن أقر لغير وارث) إلى قوله: (ما دامت مكلفة) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(3) ما يقابل كلمة (إحداهما) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (لا يجوز) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (من ثلثه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 326 و327 و(العلمية): 2/ 382.

(7) ما يقابل عبارة (من أقر لصديق) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (بشرطين: أحدهما) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (أو ذكورًا وإناثًا) غير قطعي القراءة في (م).

(10) عبارة (ولدا ذكورا ... لأجنبي أو كان ورثته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

واختُلِفَ إذا كان[1] ورثته إناثًا، أو عصبة أو أبويه؛ فقيل: إقراره ساقط، وقيل: جائز.

وهو أحسن؛ لأن[2] إقراره على العصبة إقرار على البنت، والفرار عنهم فرار عنها؛ إلا أن تكون هناك تهمة في الصديق[3] أن يرده إلى البنت[4].

قال ابن القاسم: وأما إن كان ورثته أبوين أو عصبة؛ فلا يجوز إقراره[5]، فسوَّى بين الأبوين والعصبة.

قال سحنون: ولا يجوز ذلك في ثلث ولا غيره؛ لأنه لم يرد به الثلث[6]، وإنما أراد أن يعطاه من رأس المال، ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث[7].

وأجاز[8] ذلك في كتاب ابن المواز، وهو أبين، ولا يُتَّهم أن يفر عن أبويه إلى صديقه.

واختُلِف إذا لم[9] [م: 322/ أ] يجز إقراره مع العصبة، هل يجوز إذا حمل ذلك[10] الثلث أو يرد؟

فقيل: إن حمل ذلك الثلث؛ جاز[11]؛ لأنه لو شاء أن يجعل ذلك وصية لتمكَّن من ذلك[12]، وقيل: لا يجوز وإن حمل ذلك الثلث؛ لأنه لا يكون[13] في الثلث إلا ما أريد به

---

(1) ما يقابل كلمتا (إذا كان) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (أحسن؛ لأن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (تهمة في الصديق) غير قطعي القراءة في (م).

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 10/ 5562.

(5) ما يقابل عبارة (فلا يجوز إقراره) غير قطعي القراءة في (م).
انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 187.

(6) ما يقابل عبارة (لأنه لم يرد به الثلث) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (قال ابن القاسم... أريد به الثلث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 122.

(8) ما يقابل كلمتا (الثلث، وأجاز) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (واختلف إذا لم) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (حمل ذلك) غير قطعي القراءة في (م).

(11) عبارة (أو يرد فقيل: إن حمل ذلك الثلث جاز) يقابلها في (ز): (الثلث؟ فقيل: يجوز إذا حمل ذلك الثلث) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(12) كلمتا (من ذلك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(13) ما يقابل كلمتا (لأنه لا يكون) غير قطعي القراءة في (م).

الثلث، وهذا لم يرد به(1) الثلث(2).

فرع:

ولو صحَّ المريض بعد أن أقرَّ لمن ذكرنا أنه لا يصح إقراره له(3)، ثم مات بعد صحته فقال ابن شعبان: إن(4) صحَّ بعده صحَّةً بيِّنةً، ثم هلك بعد ذلك؛ مضى وثبت عليه.

وقال في "المدونة" فيمن تكفَّل في مرضه لوارث أو غير وراث ثم صحَّ؛ لزمه ذلك كما لو بتل صدقة في مرضه لوارث أو غيره ثم صحَّ(5)؛ لزمته الصدقة إذا لم تكن على وجه الوصية(6).

ووجه ذلك هو(7) أنه لم [ز: **842**/ أ] يخرج ذلك منه(8) مخرج الوصية؛ بل إنما خرج مخرج البتل، فهو لازم له كحال الصحة، فإنما منع من خروجه من رأس المال لحقِّ(9) الورثة، فإذا صحَّ؛ انتقل ذلك إلى رأس المال؛ لأنَّ المعارض قد زال.

[فيمن أوصى بثلثَيْ ماله لرجلين]

(ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلثه أيضًا(10)، ولم يرجع عن إحدى وصيَّتَيْه إلى الأخرى، ولم يُجِزْ ورثته أكثر من ثلثه؛ جعل ثلثه بين الرجلين نصفين)(11).

---

(1) ما يقابل عبارة (لم يرد به) غير قطعي القراءة في (م).

(2) من قوله: (وأجاز ذلك في كتاب) إلى قوله: (وهذا لم يرد به الثلث) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **10**/ **5562** و**5563**.

(3) كلمة (له) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) ما يقابل كلمتا (ابن شعبان: إن) غير قطعي القراءة في (م).

(5) عبارة (لزمه ذلك... أو غيره ثم صح) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل كلمتا (وجه الوصية) غير قطعي القراءة في (م).

المدونة (صادر/ السعادة): **5**/ **277** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4**/ **34**.

(7) ضمير الغائب (هو) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

(8) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) في (م): (حق).

(10) ما يقابل عبارة (ولآخر بثلثه أيضًا) غير قطعي القراءة في (م).

(11) التفريع (الغرب): **2**/ **327** و(العلمية): **2**/ **382**.

وإنما قال ذلك؛ لأنه ليس أحدهما أَوْلَى به[1] من الآخر، وقد قصد الميت أن ينتفع كل واحد منهما[2] بمثل ما ينتفع[3] به الآخر، وقاله ابن القاسم وأشهب.

قال أشهب: لأنه قد أوصى لهما به فتساويا فيه، وليس ما يبدأ به في اللفظين حق يوجب[4] التبدئة[5].

[فيمن أوصى بثلث ماله وبنصفه لرجلين]

(وإن أوصى لرجلٍ بثلث ماله ولآخر بنصفه؛ فالثلث بينهما على خمسة أسهم؛ لصاحب الثلث سهمان، ولصاحب النصف ثلاثة[6] أسهم)[7].

اعلم أن من أوصى لرجلٍ بثلث ماله[8] ولآخر بنصفه، فإن لم يجز له الورثة ذلك[9]؛ فليقسم الثلث بينهما على خمسةٍ أجزاء، وإن[10] أجاز[11] الورثة الوصيَّتَيْن[12] جميعًا؛ أخذ كل واحد منهما[13] وصيته، واقتسم الورثة السدس الباقي.

بيان ذلك أن يهلك الهالك ويترك ولدَيْن، ويوصي لرجلين[14] لأحدهما بثلث ماله،

---

(1) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل عبارة (كل واحد منهما) غير قطعي القراءة في (م).

(3) في (م): (نفع).

(4) كلمة (يوجب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(5) من قوله: (وإنما قال ذلك) إلى قوله: (حق يوجب التبدئة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 216 و217**.

(6) ما يقابل كلمتا (النصف ثلاثة) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 327** و(العلمية): **2/ 382**.

(8) ما يقابل كلمة (ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(9) عبارة (له الورثة ذلك) يقابلها في (م): (الورثة).

(10) ما يقابل كلمتا (أجزاء، وإن) غير قطعي القراءة في (م).

(11) في (ز): (أجازوا).

(12) ما يقابل كلمة (الوصيتين) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل كلمتا (واحد منهما) غير قطعي القراءة في (م).

(14) ما يقابل كلمة (لرجلين) غير قطعي القراءة في (م).

ولآخر بنصفه، فأجاز الورثة الوصيتين جميعًا، فعمل الوصية على[1] الإجازة أن ينظر إلى أقل عدد له ثلث صحيح ونصف صحيح، وذلك ستة، فيخرج ثلثها ونصفها[2] للموصى لهما، وذلك خمسة، ويبقى سهم لا ينقسم على الولدين، فيضرب الستة في اثنين، فتصير[3] الجملة اثنا عشر، للموصى له بالنصف ستة[4]، وللموصى له بالثلث أربعة، ويبقى اثنان[5] لكل ابن[6] واحد، ثم يعملها على الرد، فيأخذ ثلث الستة ونصفها[7]، وذلك خمسة، فيجعلها ثلث مال يكون جميعه خمسة عشر، فللموصى له بالثلث اثنان، وللموصى[8] له بالنصف ثلاثه[9]، ولكل ابن خمسة[10].

(وإن أوصى لرجل بثلثِ ماله ولآخر بربعه ولم يُجِزِ الورثة؛ فالثلث بينهما على سبعة أسهم، لصاحب الثلث أربعة أسهم[11]، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم[12].

وإن أوصى لرجل بربع ماله، ولآخر بسدسه؛ فالثلث[13] بينهما على خمسة أسهم لصاحب الربع ثلاثة أخماسه[14]، ولصاحب السدس[15] خمساه)[16].

---

(1) ما يقابل عبارة (فعمل الوصية على) غير قطعي القراءة في (م).
(2) ما يقابل كلمة (ونصفها) غير قطعي القراءة في (م).
(3) ما يقابل عبارة (الستة في اثنين فتصير) غير قطعي القراءة في (م).
(4) في (م): (لستة).
(5) ما يقابل عبارة (بالثلث أربعة، ويبقى اثنان) غير قطعي القراءة في (م).
(6) كلمة (ابن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
(7) ما يقابل كلمة (ونصفها) غير قطعي القراءة في (م).
(8) ما يقابل عبارة (بالثلث اثنان، وللموصى) غير قطعي القراءة في (م).
(9) في (ز): (ثلثة).
(10) من قوله: (اعلم أن من أوصى) إلى قوله: (ولكل ابن خمسة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 178**.
(11) في (ز): (أسباعه)، وما يقابل كلمتا (أربعة أسباعه) غير قطعي القراءة في (م) وما اخترناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(12) في (م) و(ز): (أسباعه) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع
(13) ما يقابل عبارة (ولآخر بسدسه؛ فالثلث) غير قطعي القراءة في (م).
(14) في (م): (أسباعه) وما اخترناه موافق لما في طبعتي التفريع
(15) في (م): (الثلث) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(16) عبارة (لصاحب الربع ثلاثة أخماسه ولصاحب السدس خمساه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) =

[م: 322/ ب] اعلم أنَّ من أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه[1] ولم يجز الورثة[2]؛ فإن الثلث بينهما على سبعة أسهم، وإنما كان الثلث بينهما على سبعة أسهم؛ لأنَّ مخرج الثلث من ثلاثة، والربع من أربعة، ثم يضرب في أربعة باثني عشر، فلا شيء لمن طلب[3] المال الذي له ثلث صحيح، وربع صحيح فخذ ثلثها، وذلك أربعة، ثم خذ ربعها، وذلك ثلاثة [فمجموعهما][4] يصير سبعة، فهذه السبعة هي التي يقسم عليها ثلث الموصي[5]، فيكون لصاحب الربع ثلاثة أسباعه، ولصاحب الثلث أربعة أسباعه.

وإن أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بسدسه؛ فالثلث بينهما على خمسة أسهم[6].

وأصل هذا أن ينظر؛ فإن أجاز الورثة؛ أَخَذَ أهل الوصايا وصاياهم، وإن لم يجيزوا؛ تحاصوا في الثلث بقدر وصاياهم.

وإنما قال: (إن[7] الثلث يقسم على خمسة)؛ فلأنَّ مخرج[8] الربع الموصى به من أربعة، ومخرج السدس الموصى به من ستة، والستة توافق[9] الأربعة بالنصف، فاضرب نصف أحدهما[10] في كامل الآخر؛ يكن اثنا عشر، فهذه الاثنا عشر هي العدد الذي له ربع صحيح، وسدس صحيح، فربعه ثلاثة[11]، [ز: 842/ ب] وسدسه اثنان؛ صارت خمسة،

=

و التفريع (الغرب): 2/ 327 و(العلمية): 2/ 382.

(1) ما يقابل كلمة (بربعه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (ولم يجز الورثة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(3) ما يقابل عبارة (فلا شيء لمن طلب) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة [فمجموعما] مطموس في (م) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(5) ما يقابل عبارة (يضرب في أربعة...عليها ثلث الموصي) غير قطعي القراءة في (م).

(6) من قوله: (اعلم أن من أوصى) إلى قوله: (بينهما على خمسة أسهم) ساقط من (ز) وقد انفردت به (م).

(7) ما يقابل عبارة (وإنما قال: إن) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (مخرج) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمتا (والستة توافق) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمة (أحدهما) يقابلها في (م): (أحد العددين).

(11) ما يقابل كلمتا (فربعه ثلاثة) غير قطعي القراءة في (م).

فعليها يقسم الثلث الموصى به.

[فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو أبنائه]

(ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه[1] وله ابن واحد؛ فقد أوصى له بماله كله، فإن أجاز ذلك ولده، وإلَّا كان له ثلث ماله.

فإن كان له ابنان؛ فقد أوصى له بنصف ماله، فإن أجاز ذلك ولداه، وإلَّا كان له الثلث.

وإن كان له ثلاثة بنين؛ فقد أوصى له[2] بثلث ماله؛ فوصيته جائزة[3].

وإن كان له أربعة[4] بنين؛ فقد أوصى له بربع[5] ماله.

ولا فَرْق بين أن يوصي بنصيب ابنه، أو بمثل نصيب ابنه، والوصية باللفظين جميعًا جائزة)[6].

اعلم أنَّ من أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد؛ فقد[7] أوصى له بماله كله، فإن أجاز له[8] الولد ذلك[9]؛ سلم له جميع المال، ولم يدفع للولد شيء[10]، وإن لم يجز؛ كان له الثلث، وما بقي للولد.

وإن كان له اثنان؛ فقد أوصى له[11] بنصف ماله، فإن أجاز له ذلك ولداه؛ دفع له نصف المال، وأخذ الولدان النصف الباقي، وإن لم يجيزا[12] ذلك؛ كان له الثلث.

---

(1) ما يقابل كلمة (ابنه) غير قطعي القراءة في (م).

(2) عبارة (بنصف ماله، فإن... أوصى له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(3) ما يقابل كلمة (جائزة) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (أربعة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (له بربع) غير قطعي القراءة في (م).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 327 و328 و(العلمية): 2/ 383.

(7) ما يقابل كلمة (فقد) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) كلمتا (الولد ذلك) يقابلهما في (ز): (ذلك الولد) بتقديم وتأخير.

(10) ما يقابل كلمة (شيء) غير قطعي القراءة في (م).

(11) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(12) في (ز): (يجيزوا).

وإن كان له[1] ثلاثة بنين؛ فقد أوصى له بثلث ماله، فوصيته جائزة، ثم على هذا الحساب.

قال أصبغ[2]: هذا قول مالك ومذهبه.

قال ابن عبد الحكم: وهو أصح من قول أهل الفرائض.

يريد: أن أهل الفرائض يقولون[3]: إذا أوصى بمثل نصيب أحد ولده؛ فإن كانوا ثلاثة أعطي الربع، وإن كانوا أربعة أعطي[4] الخمس[5]، وهو قول ابن أبي أويس من أصحابنا[6]، وهو مذهب أبي حنيفة[7].

وحجتهم في ذلك أنَّ الميت[8] إنما أراد أن يعطي الموصى له مثل ما يعطي أحد ولده، سواء لا يفضلهم، فإذا كانوا ثلاثة[9] وأعطيته الثلث فقد فضَّلْته عليهم، وإن أعطيته الربع؛ ساواهم وأعطى مثل ما صار لكلٍّ[10] واحد منهم.

وحجة مالك هي[11] أنَّ الموصي إنما أوصى له بمثل نصيب أحدهم، فإذا كان له[12] ثلاثة بنين؛ فقد علم أنَّ نصيب أحد ولده الثلث، فكأن الميت قال لهم: أعطوه الثلث[13]؛ [م: 323/ أ] فكان حمله على الثلث أَوْلَى حتى يقوم دليل أنه أراد[14] أن يجعله

---

(1) ما يقابل عبارة (وإن كان له) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (قال أصبغ) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (يريد: أن أهل الفرائض يقولون) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (أربعة أعطي) غير قطعي القراءة في (م).

(5) من قوله: (اعلم أنَّ من أوصى) إلى قوله: (كانوا أربعة أعطي الخمس) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 225 و226**.

(6) قوله: (وهو قول ابن أبي أويس من أصحابنا) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3683**.

(7) قول أبي حنيفة بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 511**.

(8) ما يقابل كلمتا (أن الميت) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (يفضلهم، فإذا كانوا ثلاثة) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (مثل ما صار لكل) غير قطعي القراءة في (م).

(11) في (ز): (هو).

(12) ما يقابل عبارة (أحدهم، فإذا كان له) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل كلمة (الثلث) غير قطعي القراءة في (م).

(14) ما يقابل عبارة (دليل أنه أراد) غير قطعي القراءة في (م).

مضافًا إليهم، وهو أصوب[1].

فإن قال: أنزلوه[2] منزلة أحد ولدي، أو اجعلوه كأحدهم؛ كان له الربع قولًا واحدًا[3]؛ لأنَّه قصد إلحاقه بعدد ولده[4]، وجعله كولدٍ زائد له.

وإن أوصى له[5] بمثل نصيب[6] أحد ولده، ولا ولد له ومات ولم يولد له؛ فلا شيء للموصى له[7].

قال[8] ابن القاسم: لأنه علَّق استحقاق الموصى له على أمرٍ معدوم[9]؛ فوجب أن[10] لا[11] يكون له شيء؛ لأنه قال: مثل نصيب ولدي ولا شيء يعرض لولده؛ لأنه[12] لا ولد له، فالموصى له بهذه المثابة لا شيء له.

فرع:

فلو هلك بعض الولد[13] فقال أشهب: للموصى له مثل نصيب أحدهم يوم يموت الموصي.

وكذلك لو ولد له فمات وعددهم[14] أكثر؛ فإنما ينظر إلى عددهم يوم مات

---

(1) من قوله: (وحجتهم في ذلك) إلى قوله: (إليهم، وهو أصوب) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 226.

(2) ما يقابل كلمة (أنزلوه) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (فإن قال: أنزلوه...قولًا واحدًا) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 7/ 68.

(4) ما يقابل كلمة (ولده) غير قطعي القراءة في (م).

(5) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) ما يقابل كلمة (نصيب) غير قطعي القراءة في (م).

(7) قوله: (وإن أوصى له... شيء للموصى له) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 549.

(8) في (م): (قاله).

(9) في (ز): (معدم).

(10) ما يقابل كلمتا (فوجب أن) غير قطعي القراءة في (م).

(11) كلمة (لا) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(12) عبارة (قال: مثل نصيب ولدي ولا شيء يعرض لولده؛ لأنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(13) ما يقابل كلمتا (بعض الولد) غير قطعي القراءة في (م).

(14) ما يقابل كلمة (وعددهم) غير قطعي القراءة في (م).

الموصي، ولو لم يبق إلا واحد[1]؛ فهذا يرجع إلى الثلث إن لم يجز الورثة[2].

ووجه ذلك هو أن الوصايا إنما تنفذ وتستحق بعد الموت[3].

[فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ولده وله أولاد ذكور وإناث]

(ومن كان له بنون [ز: 843/ أ] وبنات، وأوصى لرجل بمثل نصيب[4] أحد ولده ولم يُبَيِّن؛ جُعِل ماله بين ورثته ذكورهم وإناثهم بالسوية، وجعل للموصَى له مثل سهم واحد منهم، ثم كان ما بقي لورثته يقسمونه على فرائضهم)[5].

اختُلِفَ فيمن أوصى لرجلٍ بمثل نصيب أحد ولده وترك بنين ذكورًا وإناثًا فقال مالك وابن القاسم: يُنْظر إلى عددهم، فإن كانوا ثلاثة؛ أعطي الثلث، وإن كانوا أربعة؛ أعطي الربع؛ لأنَّ الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأَوْلَى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس[6].

قال الأبهري: ولأنه يجوز أن يكون أراد نصيب الذكر، ويجوز أن يكون أراد نصيب[7] الأنثى، فلمَّا لم يعلم؛ وجب توسُّط الأمر بين الموصى له وورثة الميت، بأن يعطى ما ذكره[8] مالك؛ لأنَّ هذا هو العدل بينهما[9].

---

(1) كلمتا (إلا واحد) يقابلهما في (ز): (للأول أحد).

(2) قوله: (فلو هلك بعض ... يجز الورثة) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 227**.

(3) ما يقابل كلمة (الموت) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمة (نصيب) غير قطعي القراءة في (م).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 328** و(العلمية): **2/ 383** و**384**.

(6) المدونة (صادر/ السعادة): **6/ 70**.

(7) عبارة (الذكر، ويجوز أن يكون أراد نصيب) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(8) ما يقابل كلمتا (ما ذكره) غير قطعي القراءة في (م).

(9) من قوله: (اختلف فيمن أوصى) إلى قوله: (لأنَّ هذا هو العدل بينهما) بنحوه في مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[15/ أ]**.

قال اللخمي: وقال ابن الماجشون: له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى[1].

وهو أحسن، وهو عدل في[2] الوصية أن لا يكون له نصيب أعلاهم -وهو الذكر- ولا نصيب أدناهم وهي الأنثى.

قال ابن المواز: وإن قال: له مثل نصيب أحد ولدي، وله أبوان وزوجة؛ عزل نصيب الزوجة والأبوين، ثم ينظر ما ينوب كل ولد من الباقي، فيعطى مثل نصيب أحدهم، ثم يجمع نصيب الزوجة والأبوين[3] إلى الباقي بعد ما أخذه الموصى له فيقتسمونه[4] على فرائض الله تعالى[5].

وإن قال: له نصيب مثل[6] أحد ورثتي[7] فقال مالك: ينظر إلى عدد من يرثه من الرجال والنساء والزوجات والأبوين؛ فإن كانوا عشرة؛ أُعْطِيَ[8] العشر، وإن كانوا سبعة؛ أعطي السبع، ثم يقسم ما بقي على فرائض الله تعالى[9].

واختُلِفَ إذا[10] أوصى له بجزءٍ[11] من ماله، أو بسهم من سهام ماله؛ فقيل: له الثمن؛ لأنه أقل سهم ذكر الله في الفرائض[12].

وقيل: يعطى سهمًا[13] ....

---

(1) جملة (وقال ابن الماجشون...ونصف نصيب أنثى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل كلمتا (عدل في) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (والأبوين) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (م): (فيقسمونه).

(5) قوله: (وقال ابن الماجشون... على فرائض الله تعالى) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3683 و3684**.

(6) عبارة (له نصيب مثل) يقابلها في (م): (مثل نصيب).

(7) ما يقابل كلمتا (أحد ورثتي) مطموس في (م).

(8) ما يقابل عبارة (كانوا عشرة أعطي) مطموس في (م).

(9) قوله: (وإن قال: له... على فرائض الله تعالى) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 225**.

(10) ما يقابل كلمتا (واختلف إذا) مطموس في (م).

(11) في (م): (جزء).

(12) عبارة (ذكر الله في الفرائض) يقابلها في (م): (ذكره الله ﷻ).

(13) في (ز): (سهماهما) وما يقابل كلمة (سهماهما) غير قطعي القراءة في (م) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

مما[1] تقسم عليه الفريضة -قلَّت السهام أو كثرت- وعليه جل أصحاب مالك[2].

[فيمن أوصى بأكثر من وصية، ولم يحمل ثلثه وصيته]

(ومن أوصى[3] لرجلٍ بجزءٍ من ماله، ولآخر بدنانير أو دراهم مسمَّاة، ولم يحمل ثلثه وصيته جميعها ففيها ثلاث روايات[4]:

إحداهنَّ أنه يُبدَّأ بأهل التجزئة على أهل التسمية.

والأخرى أنه يُبدَّأ بأهل التسمية على أهل التجزئة[5].

والرواية الثالثة أنهم يتحاصون كلهم بقدر وصاياهم)[6].

اختلِفَ فيمن أوصى لرجل بجزءٍ من ماله[7]، ولآخر بدنانير أو دراهم مسمَّاة، وضاق الثلث عن الوصيتين جميعًا، فقيل: يبدأ بأهل [م: 323/ ب] التجزئة على أهل التسمية، وقيل: يبدأ بأهل التسمية على[8] أهل التجزئة، وقيل: إنهم يتحاصون.

فوجه القول الأول هو أن التجزئة آكد من التسمية، ولأنها تثبت في مواضع تبطل فيها التسمية؛ ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بألف درهم، فتلف المال إلا ألف لم يستحق الموصى له [إلا][9] ثلثها[10].

---

(1) كلمة (مما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) قوله: (واختلف إذا أوصى له ... أصحاب مالك) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 550**.

(3) ما يقابل كلمتا (ومن أوصى) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (جميعها؛ ففيها ثلاث روايات) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (أهل التجزئة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمتا (بقدر وصاياهم) ساقطتان من (م) وقد انفردت بهما (ز).

التفريع (الغرب): **2/ 328** و(العلمية): **2/ 384**.

(7) ما يقابل عبارة (بجزء من ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (التسمية على) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (إلا) ساقطة من (م) و(ز) وقد أتينا بها من منتقى الباجي.

(10) ما يقابل جملة (لم يستحق الموصى له ثلثها) غير قطعي القراءة في (م).

ولو أوصى له بجزءٍ من ماله؛ لكان ذلك الجزء[1] مستحقًّا على كل وجه فيما يبقى بعد التلف[2]؛ أعني أنه يكون له ربع المال الباقي إن أوصى له بالربع[3].

ووجه القول الثاني [ز: **843**/ ب] هو أنَّ التسمية آكد من التجزئة؛ لأنَّ التسمية مقدَّرة معلومة، وقد ذكر الموصي[4] مقدارها بخلاف التجزئة.

ووجه القول الثالث هو أنَّ كل جهة منهما تستحق بها الوصية، فلم تكن إحداهما أوْلَى من الأخرى، فلم يبق إلا التحاصص[5].

قال الأبهري: ولأنَّ كل واحد منهم قد وجب له مال وصَّى له[6] به الميت، فلا فرق بين أن يوصي بجزء أو عدد[7]؛ لأنه لم يرد تقدمة العدد على الجزء، وهذا هو القول الصحيح، وإليه رجع مالك.

[فيمن أوصى بشيء بعينه، فتلف ذلك الشيء]

(ومن أوصى لرجل بشيء بعينه، فتلف الشيء الموصَى له به؛ بطلت[8] وصيته)[9].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ المعيَّن يبطل الحق بتلفه؛ ألا ترى أنه إذا اكترى دابة بعينها

=

من قوله: (اختلف فيمن أوصى) إلى قوله: (الموصى له إلا ثلثها) بنحوه في المنتقى، للباجي: **8/ 107 و108**.

(1) ما يقابل كلمة (الجزء) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (ز): (الثلث)، وما يقابل عبارة (يبقى بعد التلف) غير قطعي القراءة في (م)، وما اخترناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(3) قوله: (ولو أوصى له ... إن أوصى له بالربع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 518**.

(4) عبارة (لأن التسمية مقدرة ... ذكر الموصي) يقابلها في (م): (النص ربها على).

(5) قوله: (ووجه القول الثاني... يبق إلا التحاصص) بنحوه في المنتقى، للباجي: **8/ 108**.

(6) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(7) ما يقابل كلمتا (أو عدد) غير قطعي القراءة في (م).

مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[13/ ب]**.

(8) ما يقابل عبارة (الموصَى له به؛ بطلت) غير قطعي القراءة في (م).

(9) التفريع (الغرب): **2/ 328** و(العلمية): **2/ 384**.

فماتت؛ انفسخ الكراء[1].

قال الأبهري: ولأن الموصي[2] إنما أراد عين ما أوصى به[3] لا غيره، فإذا تلف؛ فلا شيء للموصى له غيره[4].

ولأنَّ ما ماتَ أو تلِفَ قبل النظر في الثلث، فكأنَّ الميتَ لم يتركْه، وكأنَّه لم يوصِ فيه بشيء[5]، قاله في "المدونة"[6].

وإن[7] تلف ثلثا ذلك المعين؛ فالثلث الباقي للموصى له إنْ حَمَلَه الثلث؛ لأنَّ الثلث لمَّا حمله[8]؛ وجب أن يستحقه بالوصية، كما لو أوصى له بثوب أو عبد فحمله الثلث[9].

[فيمن أوصى لرجل بثيابه فباعها]

(ومن أوصى لرجل بثيابه، وله ثيابٌ يوم وصيته، فباعها، وأخلف غيرها؛ فللموصَى له ثيابه التي أخلفها؛ إلَّا أن يسمِّي تلك الثياب[10] الأُولى بأعيانها[11]؛ فلا يكون للموصَى له شيء مما أخلفه)[12].

وإنما قال ذلك؛ لأنه إذا لم يعين وأجمل، فما[13] وقع عليه ذلك الاسم[14]

(1) قوله: (وإنما قال ذلك... انفسخ الكراء) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 518 و519.

(2) ما يقابل كلمتا (ولأن الموصي) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (أوصى به) غير قطعي القراءة في (م).

(4) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [18/ ب].

(5) جملة (لأنَّ ما ماتَ... لم يوصِ فيه بشيءٍ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 3، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 170.

(7) عبارة (قاله في "المدونة": وإن) يقابلها في (م): (فإن).

(8) في (ز): (حمل).

(9) ما يقابل كلمتا (فحمله الثلث) غير قطعي القراءة في (م).

قوله: (وإن تلف ثلثا ذلك ... فحمله الثلث) بنحوه في المعونة، لعبد لوهاب: 2/ 519.

(10) كلمة (الثياب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(11) في (ز): (بعينها).

(12) التفريع (الغرب): 2/ 328 و(العلمية): 2/ 384.

(13) ما يقابل عبارة (يعين وأجمل، فما) غير قطعي القراءة في (م).

(14) ما يقابل كلمة (الاسم) غير قطعي القراءة في (م).

من تركته؛ فهو للموصى له[1].

وكأنه قال: ما متُّ عنه من الثياب فهو لفلان؛ إلَّا أن[2] يسمِّي تلك الثياب بأعيانها؛ فلا يكون[3] له شيء مما أخلفه[4].

قال الأبهري: ولأنه لم يقصد عين شيء مما أخلفه من هذا[5] الجنس، وإنما أراد أن ما يخلفه من الثياب والمتاع والسلاح للموصى له.

وإن أراد عين ثوب أو شيء ما فباعه أو تلف؛ لم يكن للموصَى له شيء؛ لأنه إنما أراد عين ذلك الشيء دون غيره[6].

فمتى علقت الوصية بالعين، ثم[7] تلفت، أو خرجت عن ملك الموصي؛ لم يكن للموصى له شيء.

ومتى لم تعلق بعين، ثم استخلف غير ما كان في ملكه[8] يوم الوصية[9]، فذلك للموصى له؛ لأنَّ الموصي لم يُرِد عين شيء ما، وإنما أراد ما يخلفه من ذلك الجنس على ما ذكرناه.

قال مالك[10]: ولو قال: رقيقي أو ثيابي لفلان، فمات[11] بعضهم وأخلف بعضهم، ثم مات الموصي؛ فللموصى له جميع رقيقه وثيابه إن[12] حمل ذلك الثلث، وهذا الذي

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(2) ما يقابل عبارة (من الثياب فهو لفلان إلَّا أن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمة (يكون) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قوله: (وإنما قال ذلك ... مما أخلفه) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 1038 و1039.

(5) ما يقابل اسم الإشارة (هذا) غير قطعي القراءة في (م).

(6) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [16/ ب و17/ أ].

(7) ما يقابل عبارة (الوصية بالعين ثم) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (كان في ملكه) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (الوصية) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (على ما ذكرناه قال مالك) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل كلمة (فمات) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل عبارة (له جميع رقيقه وثيابه إن) غير قطعي القراءة في (م).

أراد الميت.

وأما لو أوصى له بعبد بعينه فمات العبد أو باعه وأخلف[1] غيره، فبخلاف ذلك؛ لأنه عينه[2].

[في الموصي له مال يعلمه وآخر يجهله]

(ومن أوصى لرجل بثلث ماله، وله مال يعلمه ومال لا يعلمه[3]؛ فوصيته فيما عَلِم دون ما لم يَعْلَم)[4].

اعلم أن من أوصى لرجل بثلث ماله[5]، وله مال يعلمه[6]، ومال لا يعلمه؛ فوصيته فيما عَلِم دون ما لم يعلم؛ لأنَّه هو الذي أعطاه الميت، فلا يزاد فوق ما[7] أعطاه.

قال الأبهري[8]: ولأنَّ ما لم يعلمه من[9] المال لم يقصده بالوصية ولم يرده؛ فلا يجوز أن ينقل عن ملكه[10]؛ إلا ما أراد نقله [ز: **844**/ أ] وقَصَدَه بالوصية[11].

فأما ما يكسبه بعد[12] الوصية؛ فالوصايا تدخله.

وكذلك كل ما حدث له بعد الوصية مما[13] عَلِمَ به؛ دخلته الوصايا من قبل أن

---

(1) ما يقابل عبارة (باعه وأخلف) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 334**.

(3) ما يقابل عبارة (مال يعلمه ومال لا يعلمه) غير قطعي القراءة في (م).

(4) التفريع (الغرب): **2/ 329** و(العلمية): **2/ 384**.

(5) ما يقابل عبارة (أوصى لرجل بثلث ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (يعلمه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (الميت، فلا يزاد فوق ما) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (الأبهري) غير قطعي القراءة في (م).

(9) كلمة (يعلمه من) يقابلهما في (م): (يعلم به).

(10) عبارة (المال لم يقصده ... ينقل عن ملكه) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(11) كلمتا (وقصده بالوصية) يقابلهما في (م): (وقصد الوصية).

(12) ما يقابل كلمتا (يكسبه بعد) غير قطعي القراءة في (م).

(13) في (م): (ما).

طرق[1] المكاسب غالبة في الناس لا يقر[2] منها إلا النادر، وليس[3] كذلك الميراث، والهبات وغير ذلك، فالموصي بماله يدخل[4] كسبه معه؛ لأنه قد أراده.

فأما ما ورثه أو وهب له وأشباه ذلك؛ لم[5] تدخله الوصايا إذا لم يعلمه[6]؛ لأنه لم يرده، فهو على أصل ملكه حتى يعلم أنه أراده بالوصية، فتكون فيه وصيته.

وإذا لم يعلم ذلك؛ لم يجز نقل ملكه عنه[7]، وقد قال ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عن طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[8]، فإذا علم به قبل موته فسكت عنه؛ فقد دخل في جملة ماله[9] الذي علم به وأوصى به[10].

قال عبد الوهاب: ولأنَّ ما لم يعلم به؛ فقد تحقَّق أنه لم يقصده بالوصية؛ فلم يكن له مدخل فيها. أصله: إذا أوصى بثلث هذه الدار؛ فإنه لا تدخل الوصية في غيرها من التركة؛ لأنه لم يرده[11].

فرع:

فلو كان له مال أَيِس منه، مثل العبد الآبق، والبعير[12] الشارد فقال مالك[13]: تدخل فيه

---

(1) في (ز): (طريق).

(2) ما يقابل كلمتا (لا يقر) غير قطعي القراءة في (م) و(ز) وفي مخطوط الأبهري: (يقرأ)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) ما يقابل عبارة (إلا النادر، وليس) غير قطعي القراءة في (م).

(4) في (ز): (يدخله).

(5) في (م): (فلم).

(6) ما يقابل عبارة (إذا لم يعلمه) غير قطعي القراءة في (م).

(7) جملة (ذلك لم يجز نقل ملكه عنه) يقابلها في (ز): (أنه أراده بالوصية؛ لم تكن فيه وصيته، ولا يجوز نقله عن ملكه) وما اخترناه موافق لما في مخطوط الأبهري.

(8) تقدم تخريجه في باب فيمن استودع إناءً فانكسر، من كتاب الوديعة: **278/7**.

(9) ما يقابل عبارة (دخل في جملة ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(10) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[16/ أ و16/ ب]**.

(11) المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 520**.

(12) ما يقابل كلمتا (الآبق والبعير) غير قطعي القراءة في (م).

(13) ما يقابل كلمة (مالك) غير قطعي القراءة في (م).

وصاياه إن رجع[1] إليه ولو بعد عشرين سنة بعد موته؛ لأنه مما علم أصله[2].

ونقل ابن عبد الحكم في الرجل يقال له: غرقت سفينتك، أو مات عبدك حتى اشتهر ذلك عند الناس، ثم[3] ظهرت سلامته بعد موته أن فيها روايتان:

إحداهما أن الوصايا لا تدخل فيه.

والرواية الأخرى أنها تدخل[4].

قال الأبهري: فوجه القول الأول أنه لما أَيِسَ منها صار غير قاصد لدخولهما في الوصية؛ لأنهما عنده خارجان عن ملكه، فكيف يقصدهما في الوصية؟

قال: ووجه قوله: (إنها تدخل) فلأنَّ علمه بملكه[5] لهما متقدم قبل الوصية، وزوالهما عن ملكه شك منه، فهما على أصل ملكه؛ فالوصايا تدخلهما[6]؛ لأنها تدخل في جملة ملك الموصي مما علمه[7].

[فيمن دبَّر عبداً وله مال يعلم بأحدهما، ولا يخرج المدبَّر من ثلث ماله المعلوم]

(ومن دبَّر عبدًا له[8] وله مال يعلم به ومال[9] لا يعلم به، وليس يخرج المدبَّر من ثلث ماله[10] الذي يعلم به؛ ففيها روايتان:

---

(1) ما يقابل كلمة (رجع) غير قطعي القراءة في (م).

(2) قوله: (فلو كان له مال ... علم أصله) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **11/ 397**.

(3) ما يقابل كلمتا (الناس، ثم) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قول ابن عبد الحكم لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه اللخمي في التبصرة (بتحقيقنا): **7/ 3603 و3604**.

(5) ما يقابل كلمة (بملكه) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (تدخلهما) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (مما علمه) غير قطعي القراءة في (م).

مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[16/ ب]**.

(8) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(9) ما يقابل كلمتا (به ومال) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (ثلث ماله) غير قطعي القراءة في (م).

إحداهما أن المدبَّر يخرج من[1] ثلث المالَيْن جميعًا كالدَّيْن.
والأخرى أنه يكون فيما علم به دون ما لم يعلم به كالوصية)[2].

اختُلِف عن مالك في المدبَّر في[3] الصحة هل يخرج من ثلث ما علم به خاصة، أو يخرج من ثلث ما علم به وما لم يعلم به؟

فالذي[4] ثبت عليه ابن القاسم أنه لا يدخل إلا فيما علم[5].

قال الأبهري: لأنه لم يقصد عتقه إلَّا في المال الذي[6] علمه، كالوصية فإنها لا تدخل إلا فيما علم به من ماله دون ما لم يعلمه، وهذا أصح.

ووجه الرواية[7] الثانية: أنه لا يجوز له الرجوع عنه[8]، فأشبه الدَّين.

قال الأبهري: وإنما قال مالك[9]: (يعتق في ثلثي المالَيْن جميعًا) لحرمة العتق، فصار أقوى من الوصايا؛ فوجب تقديمه على الوصايا[10].

قال: وهذا هو المشهور من قول مالك[11].

والفرق بين المدبَّر في الصحة والمدبَّر في [ز: 844/ ب] المرض[12] -على أحد الأقوال- هو أن المدبَّر في الصحة قصد المدبِّر إلى عتقه من مجموع ما يكون في ملكه يوم[13] يموت، وقد يكون بين تدبيره وموته العشرون سنة وأكثر.

---

(1) ما يقابل عبارة (أن المدبَّر يخرج من) غير قطعي القراءة في (م).
(2) التفريع (الغرب): 2/ 329 و(العلمية): 2/ 384.
(3) ما يقابل عبارة (مالك في المدبَّر في) غير قطعي القراءة في (م).
(4) ما يقابل عبارة (وما لم يعلم به؟ فالذي) غير قطعي القراءة في (م).
(5) قوله: (اختلف عن مالك ... فيما علم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3603.
(6) ما يقابل عبارة (لم يقصد عتقه إلا في المال الذي) غير قطعي القراءة في (م).
(7) ما يقابل عبارة (وهذا أصح ووجه الرواية) غير قطعي القراءة في (م).
(8) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).
(9) ما يقابل عبارة (وإنما قال مالك) غير قطعي القراءة في (م).
(10) ما يقابل عبارة (فوجب تقديمه على الوصايا) غير قطعي القراءة في (م).
(11) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [133/ أ].
(12) ما يقابل عبارة (والمدبَّر في المرض) غير قطعي القراءة في (م).
(13) ما يقابل عبارة (في ملكه يوم) غير قطعي القراءة في (م).

والمدبَّر في المرض يتوقَّع[1] الموت من مرضه ذلك، وهو عالم بماله، وإنما قَصَدَ أن تجري أفعاله فيما علمه، [م: 324/ ب] وهذا إذا مات من مرضه ذلك، فإن صحَّ ثم مات من مرض[2] آخر أو من غير مرض؛ صار كالمدبَّر في الصحة[3].

[فيمن أوصى بعبده لرجل وللعبد مال]

(ومن أوصى بعبده لرجل وللعبد مال؛ ففيها[4] روايتان:

إحداهما أن مال العبد تبعٌ له، ويكون للموصَى له برقبته دون ورثة سيده كالعتق.

والأخرى أن ماله[5] لورثة سيده دون الموصَى له برقبته كالبيع[6] والهبة والصدقة)[7].

اختُلِفَ[8] فيمن أوصى بعبده لرجل وللعبد مال، هل يدخل ماله[9] معه، ويكون تبعًا له[10] أم لا؟

فقال مالك مرة: المال تبع له، ويكون للموصى له برقبته دون ورثة سيده، كالعتق؛ لأنه إخراج ملك من غير عوض[11].

قال الأبهري: لأنَّ ملك العبد على وجه الوصية والصدقة قربة إلى الله ﷻ، فأشبه العتق الذي هو قربة إلى الله تعالى، ولم يشبه البيع؛ إذ لا قربة فيه وهو نقل ملك على وجه العِوض[12].

---

(1) ما يقابل كلمتا (المرض يتوقع) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (مات من مرض) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (والفرق بين المدبَّر ... في الصحة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3603.

(4) ما يقابل كلمة (ففيها) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (سيده كالعتق، والأخرى: أن ماله) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمتا (برقبته كالبيع) غير قطعي القراءة في (م).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 329 و(العلمية): 2/ 384.

(8) ما يقابل كلمة (اختلف) غير قطعي القراءة في (م).

(9) في (م): (مال).

(10) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م).

(11) قوله: (اختلف فيمن... ملك من غير عوض) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 1026.

(12) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [28/ أ].

وقال مرة أخرى إن مالَه لورثة سيده دون الموصى له به كالبيع؛ لأنه انتقل من ملك إلى ملك[1].

قال الأبهري: فكان سيده الأول أوْلَى به؛ إلا أن يشترطه الثاني، وبذلك ورد الخبر عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ**»[2].

والبيع هو نقل العبد من ملك إلى ملك، فكان كل موضع نقل فيه العبد من ملك إلى ملك مثله كالبيع[3].

قال الأبهري: والأقيس أن يكون ذلك للموصي والواهب؛ لأنه نقل ملك إلى[4] ملك وليس كالحرية[5].

[فيمن أوصى لرجل بعبدٍ من عبيده وقيمهم مختلفة]

(ومن أوصى لرجل بعبدٍ من عبيده وهم جماعة مختلفة قيمتهم؛ فله جزء منهم، إن كانوا عشرة؛ فله عُشرهم، وإن كانوا خمسة؛ فله خُمسهم)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك[7] هو العدل بين الورثة والموصى له، وذلك أن الرأس من العشرة[8] عشرها، فلا بدَّ مِنْ[9] أن يعتبر بعدد الرؤوس[10]، أو بالقيمة.

---

(1) ما يقابل عبارة (ملك إلى ملك) غير قطعي القراءة في (م).

قوله: (وقال مرة أخرى ... إلى ملك) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 1026.

(2) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 268، في باب العبد يباع وله مال، من أبواب الإجارة، برقم (3433).

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 359، برقم (12235) كلاهما عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(3) كلمة (كالبيع) ساقطة من (م) وقد انفردت بها (ز).

(4) ما يقابل كلمة (إلى) غير قطعي القراءة في (م).

(5) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [28/ أ].

(6) التفريع (الغرب): 2/ 329 و(العلمية): 2/ 385.

(7) كلمتا (لأن ذلك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (م).

(8) ما يقابل كلمتا (من العشرة) غير قطعي القراءة في (م).

(9) حرف الجر (من) ساقط من (م) وقد انفردت بها (ز).

(10) ما يقابل عبارة (يعتبر بعدد الرؤوس) غير قطعي القراءة في (م).

ففي اعتبار[1] عدد الرؤوس تعارض الدعاوى؛ لأنَّ الورثة يقولون: نعطيه أقل ذلك قيمة، والموصى له يقول: آخذ[2] أعلاها؛ فليس أحدهما أوْلَى من الآخر، فلم يبق إلا اعتبار القيمة[3].

قال الأبهري: ولأنه لمَّا لم يسمِّ الرأس[4] الذي أوصى به؛ لم يجز أن يُعطى[5] الموصى له أعلى ذلك؛ لأنَّ في ذلك ضررًا على الوارث، ولا يخرج أدنى ذلك؛ لجواز أن[6] يكون الموصي[7] أراد أعلاه؛ فكان العدل في ذلك أن ينظرَ إلى جزءٍ من أجزاء[8] الرقيق الذين سمَّى[9] واحدًا منهم فيعطاه[10] الموصى له بالقيمة على ما فسَّره مالك؛ لأنَّ في هذا عدلًا بين الورثة والموصى له[11].

قال: فإن قيل: إن ملك الموصي متقرر، فيجب أن يعطى الموصى له الأقل من ذلك؛ لأن ما لم[12] يعلم خروجه[13] [ز: 845/ أ] عن ملك الموصي؛ فهو لورثته، ولا ينقل عنهم إلى غيرهم إلا بيقين!

قيل له: إنما كان ملك الموصي[14] متقررًا قَبْل الوصية لا بَعْدها، فإذا أوصى احتمل

---

(1) ما يقابل كلمة (اعتبار) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمة (آخذ) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (وإنما قال ذلك ... اعتبار القيمة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 522.

(4) ما يقابل كلمة (الرأس) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (يعطى) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (ذلك؛ لجواز أن) غير قطعي القراءة في (م).

(7) في (ز): (الوصي).

(8) ما يقابل كلمتا (من أجزاء) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمتا (الذين سمَّى) غير قطعي القراءة في (م).

(10) في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: (فيعتقه).

(11) ما يقابل عبارة (عدلًا بين الورثة والموصى له) غير قطعي القراءة في (م).

مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [161/ ب].

(12) عبارة(لأن ما لم) يقابلها في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: (لأنه لا).

(13) ما يقابل عبارة (لأنه لا يعلم خروجه) غير قطعي القراءة في (م).

(14) ما يقابل عبارة (إنما كان ملك الموصي) غير قطعي القراءة في (م).

أن يكون أراد[1] واحدًا من الخيار، واحتمل أن يكون[2] أراد غير ذلك، فلم يكن الورثة بالخيار أوْلَى من الموصى له؛ لأن الوصية واجبة كما أن[3] الميراث واجب؛ بل يجب تقدمة الوصية على الميراث، فلمَّا لم يعلم مراد الموصي؛ وجب النظر[4] بين الورثة والموصى له بالعدل، وهو ما ذكره مالك[5].

[فيمن أوصى لرجل بعبدٍ من عبيده أو بعُشْر وهم عشرة]

(ومن أوصى لرجل بعبدٍ من عبيده[6] [م: 325/ أ] وهم عشرة، فمات منهم ثمانية، وبقي عبدان، فإن كان[7] له مال غيرهما؛ فله نصف العبدين إذا خرج من ثلثه، وإن لم[8] يكن له مال غيرهما؛ فله ثلث العبدين.

وإن[9] أوصى لرجلٍ بعُشر عبيده وهم عشرة، فمات منهم ثمانية، وبقي عبدان[10]؛ فله عشرهما بالقيمة)[11].

اعلم أن من[12] أوصى لرجلٍ بعبد من[13] عبيده وهم عشرة؛ فللموصى له عشر

(1) ما يقابل كلمة (أراد) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (واحتمل أن يكون) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (واجبة كما أن) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (الموصي؛ وجب النظر) غير قطعي القراءة في (م).

(5) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [15/ أ].

(6) ما يقابل عبارة (أوصى لرجل بعبدٍ من عبيده) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (فإن كان) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (وإن لم) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (وإن) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (وبقي عبدان) غير قطعي القراءة في (م).

(11) التفريع (الغرب): 2/ 330 و(العلمية): 2/ 385.

(12) ما يقابل عبارة (اعلم أن من) غير قطعي القراءة في (م).

(13) كلمتا (بعبد من) يقابلهما في (م): (بعشر عبيده).

العبيد، ولو هلكوا إلا واحدًا؛ لأخذه الموصى له إن حمله[1] الثلث.

وإن[2] هلكوا كلهم؛ لم يكن للموصى له شيء؛ لأنَّ ما مات أو تلف قبل النظر في الثلث، فكأنَّ الميت لم يتركه، ولم يوصِ[3] فيه بشيء[4].

وإنما تنفذ الوصية من الثلث الذي يلحقه الإنسان، فأمَّا ما تلف قبل موته أو بعد موته قبل اجتماع المال؛ فلا يعتبر ذلك في الثلث والثلثين.

قال الأبهري: ولو جاز ذلك؛ لكان في ذلك إنفاذ الوصية قبل موت الموصي، وقبل جمع المال ومعرفة ثلثه، وإعطاء الميراث قبل موت الموروث وقبل إخراج الوصية؛ لأنا لو أدخلنا[5] مَنْ مات قبله في القرعة[6]؛ لكان إذا وقعت[7] القرعة في حيز الثلث؛ فقد صار حرًّا أو ملكًا قبل موت الموصي، وإنما أوصى أن يكون حرًا أو ملكًا بعد موته.

ولهذا المعنى قال مالك: لا اعتبار[8] بمَنْ مات قبل موت الموصي، وكذلك من مات بعد موته[9] قبل اجتماع المال؛ [لأن][10] المراعاة في ماله للعتق أو وصيته فيه إنما هو وقت حصوله واجتماعه لا ما قبل ذلك؛ فوَجَبَ عتق ما سمَّى من الجزء فيما بقي من رقيقه أو تمليكه للموصى له به[11] بالقيمة[12].

(1) ما يقابل عبارة (الموصى له إن حمله) غير قطعي القراءة في (م).

(2) في (م): (ولو).

(3) ما يقابل كلمتا (ولم يوص) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قوله: (لأنَّ ما مات ... فيه بشيء) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 170.

(5) في (ز): (دخلنا).

(6) ما يقابل كلمتا (في القرعة) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل كلمتا (إذا وقعت) غير قطعي القراءة في (م).

(8) كلمتا (لا اعتبار) يقابلهما في (ز): (الاعتبار).

(9) ما يقابل كلمتا (بعد موته) غير قطعي القراءة في (م).

(10) كلمة (لأن) ساقطة من (م) و(ز)، وما أثبتناه موافق لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.

(11) كلمتا (له به) يقابلهما في (ز): (به له) بتقديم وتأخير.

(12) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [162/ ب] و[163/ أ].

قال شيخنا: وإنما كان للموصى له عشرهم لما كانوا عشرة، ونصفهم[1] لما كانوا اثنين؛ لأنَّ العبيد لما كانوا عشرة، فالموصى له لا بدَّ له من أخذ عبد كامل من هؤلاء[2] العشرة؛ لأنَّ الموصي قَصَدَ ذلك، فإذا لم يمت منهم أحد؛ صار[3] الورثة شركاء للموصى له؛ فوجب أن يقرع[4] بينهم، وإذا وجبت[5] القرعة؛ سقط حكم العدد؛ إذ لا[6] تتفق قيمتهم، فإذا لم يبق إلا العدد[7] الذي سمَّى؛ لم تبق[8] شركة توجب الاقتراع، وكأنَّ من مات [منهم][9] لم يكن، فصار كمن أوصى[10] بعتقهم[11] ولا عبيد له غيرهم[12].

ولو مات منهم ثمانية وبقِيَ عبدان؛ فله نصف العبدين إذا خرج من ثلثه، وإن لم[13] يكن له مال غيرهما؛ فله ثلث العبدين؛ لقوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ جَعَلَ لَكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**»[14].

والذي جعل [ز: **845**/ ب] للمريض أن يتصرف فيه إنما هو الثلث، وإن أوصى[15] له بعشر عبيده وهم عشرة، فمات منهم ثمانية وبقي عبدان؛ فله عشرهما بالقيمة[16].

---

(1) ما يقابل كلمة (ونصفهم) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل كلمتا (من هؤلاء) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (أحد؛ صار) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (للموصى له، فوجب أن يقرع) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل كلمة (وجبت) غير قطعي القراءة في (م).

(6) كلمتا (إذ لا) يقابلهما في (ز): (إلا) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) في (ز): (العبد)، وما يقابل عبارة (فإذا لم يبق إلا العدد) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمتا (لم تبق) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما بين المعكوفتين زيادة من جامع ابن يونس.

(10) ما يقابل كلمتا (فصار كمن أوصى) غير قطعي القراءة في (م).

(11) في (م) و(ز): (بهم) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(12) قوله: (فإذا لم يمت ... له غيرهم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 72**.

(13) ما يقابل عبارة (من ثلثه، وإن لم) غير قطعي القراءة في (م).

(14) تقدم تخريجه في الوصية بأكثر من الثلث من كتاب الوصية: **452/9**.

(15) ما يقابل عبارة (إنما هو الثلث، وإن أوصى) مطموس في (م).

(16) قوله: (ولو مات منهم... فله عشرهما بالقيمة) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 1041**.

قال[1] ابن القاسم: لأن الموصى له بعشر العبيد صار شريكًا للورثة في العبيد؛ فلزم من ذلك أن[2] يكون النماء بينهما والخسران عليهما كسائر الشركاء، فلو لم يبق إلا عبد واحد[3]؛ فله عشره.

وقال عبد الملك: سواء أوصى له بعبد من عبيده أو بعشرهم، فإنما يكون للموصى[4] له عشر من بقي؛ لأنَّه لمَّا لم يعينه فقد قصد شركة الورثة والباقي[5] بينهم، فلا يعطى إلا عشر من بقي[6].

[فيمن أوصى لرجل بنفقة عمره]

(ومن أوصى لرجل بنفقة عمره؛ عمِّر تمام سبعين سنة [م: 325/ ب] بما مضى من عمره، وقد قيل: تسعين سنة، وأُخْرِجَ له بقدر ما مضى[7] من عمره وأُنْفِقَ عليه.

فإن مات قبل ذلك؛ رَجَعَ باقي نفقته على ورثة الموصي[8]، أو أهل الوصايا إن لم يكونوا استوفوا[9] وصاياهم.

وإن عاش حتى نفدت نفقته؛ لم[10] يرجع على أهل الوصايا ولا على ورثة الموصي[11] بشيء.

---

(1) ما يقابل عبارة (عشرهما بالقيمة قال) مطموس في (م).

(2) ما يقابل عبارة (فلزم من ذلك أن) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (لم يبق إلا عبد واحد) مطموس في (م).

(4) ما يقابل عبارة (فإنما يكون للموصى) مطموس في (م).

(5) عبارة (شركة الورثة والباقي) يقابلها في (م): (الشركة).

(6) من قوله: (قال ابن القاسم: لأن) إلى قوله: (يعطى إلا عشر من بقي) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 71 و72.

(7) ما يقابل عبارة (له بقدر ما مضى) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل كلمة (الموصي) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (استوفوا) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمتا (نفقته لم) غير قطعي القراءة في (م).

(11) ما يقابل كلمتا (ورثة الموصي) مطموس في (م).

وقال أشهب: يرجع على أهل[1] الوصايا، فيحاصُصهم حصاصًا ثانيًا، ويجتهد له في باقي عمره)[2].

اعلم أنَّ الوصية بالنفقة على وجهين:

مطلقة ومقيدة، ثم المقيدة على وجهين:

مُقَيَّدة بسنين معلومة، ومقيدة بحياة المنفَق عليه.

فإن كانت مطلقة[3]، ولم يذكر سنين ولا حياة المنفَق عليه؛ كانت محمولة على حياة المنفَق عليه[4]، وإذا كانت مقيدةٌ بسنين معلومة؛ كانت محمولة على السنين المعلومة[5].

واختُلِفَ إذا كانت طول حياة المنفَق عليه في حدِّ التعمير، فذكر أشهب عن مالك أنه[6] يعمَّر سبعين سنة، وهو الذي اختاره ابن القاسم[7].

وقال عبد الملك: يعمَّر تسعين سنة[8].

وإنما قلنا: إنه يعمَّر؛ لأنَّا لو لم نعمل ذلك؛ لم ندرِ كم نعطيه؛ لأنا إن أنْفَقنا عليه أبدًا إلى أن يموت ومدة بقائه مجهولة؛ أضررنا بالورثة في حبس حقوقهم عنهم، فلم يبقَ إلا التعمير.

وإنما قلنا: إنه يعمر سبعين سنة؛ لأنها غالب التعمير، وقد قال النبيُّ ﷺ: «**أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّينَ إِلَى السَّبْعِينَ، وَأَقَلُّهُمْ مَنْ يَجُوزُ ذَلِكَ**»[9].

---

(1) ما يقابل كلمتا (على أهل) غير قطعي القراءة في (م).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 330 و(العلمية): 2/ 385.

(3) ما يقابل كلمة (مطلقة) غير قطعي القراءة في (م).

(4) جملة (كانت محمولة على حياة المنفَق عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (م) وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(5) قوله: (اعلم أنَّ الوصية... على السنين المعلومة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3635.

(6) في (ز): (أن).

(7) قوله: (واختلف إذا كانت ... اختاره ابن القاسم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 198.

(8) قول عبد الملك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/ 250.

(9) حسن، رواه الترمذي: 5/ 553، في باب من أبواب الدعوات، برقم (3550).

وابن ماجة: 2/ 1415، في باب الأمل والأجل، من كتاب الزهد، برقم (4236) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه. =

قال الأبهري: ولما لم يعرف عمر الإنسان حقيقة؛ وجب الاجتهاد في ذلك، وأقرب ذلك ما قال النبي ﷺ: «**أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّينَ إِلَى السَّبْعِينَ، وَأَقَلُّهُمْ مَنْ يَجُوزُ ذَلِكَ**».

قال الباجي: ولأن السَّبعين هي نهاية العمر المعتاد غالبًا، وإنما يزيد على ذلك النادر، ولا يحكم بذلك[1].

ووجه قول عبد[2] **الملك: تسعين سنة؛ إذ أنها الغالب من تناهي الأعمار.**

وإنما قلنا: (إنه **إذا مات قبل استيفاء**[3] **المدة؛** رجع باقي نفقته على ورثة الموصي) لأنَّ موتَه سبب استحقاقها، **فعادت ميراثًا**[4]، **ولا شيء** لورثة الموصى له؛ لأنه لم يكن مالكًا لها فتنتقل إلى ورثته؛ **لأنَّ الموصي إنما**[5] **أراد إيصالها** إليه لا إلى ورثته[6].

قال الأبهري: ولأنه[7] لم يرد تمليكه جملة النفقة، وإنما[8] أراد أن ينفق عليه حياته شيئًا بعد شيء من مال الموصي.

فإذا مات [ز: **846**/ أ] قبل [أن][9] تقضي السنين[10]؛ رجعت النفقة إلى ورثة الموصي؛ لأنها على ملكه لا على ملك الموصى له بالنفقة عليه[11].

وإنما قلنا: (إنها تعود لأهل الوصايا إن لم يكونوا استوفوا وصاياهم)؛ لأنَّ أهل

= قوله: (وإنما قلنا: إنه... وأقلهم من يجاوز ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 523**.

(1) المنتقى للباجي: **8/ 113**.

(2) ما يقابل عبارة (بذلك ووجه قول عبد) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (قبل استيفاء) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (استحقاقها فعادت ميراثًا) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (ورثته؛ لأن الموصي إنما) غير قطعي القراءة في (م).

(6) قوله: (ووجه قول عبد... على ورثة الموصي) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 523**.

(7) ما يقابل كلمة (ولأنه) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (جملة النفقة، وإنما) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(10) ما يقابل عبارة (قبل تقضي السنين) مطموس في (م).

(11) ما يقابل عبارة (له بالنفقة عليه) مطموس في (م).

مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [8/ ب].

الوصايا[1] أَوْلَى بالثلث من الورثة، وإنما دخلها النقص عند المزاحمة، فإذا مات عن بقية ما أوصى إليه به[2]؛ زالت المزاحمة في ذلك القدر، فعادت لأهل الوصايا[3].

فإن عاش حتى نفذت بعضه؛ لم[4] يرجع على أهل الوصايا، ولا على ورثة الموصي بشيء، قاله ابن القاسم؛ لأنه حكم نَفَذ[5].

قال الأبهري: لأن ما فَعَلَه الموصي حُكمٌ قد نفذ، فلا[6] ينقض، ولأنَّ طريقَه الاجتهاد؛ ولا يمكن فيه[7] غير ما فعله[8].

وقال أشهب: يرجع على أهل الوصايا فيحاصصهم[9] حصاصًا ثانيًا، ويجتهد له في باقي عمره[10]؛ لأنه قد تبيَّن[11] ببقائه بعد التعمير غلط الاجتهاد، فإذا أمكن تلافيه؛ وجب العود فيه، ولأنه لما كان موته قبل استيفاء المال يُوجِبُ رد المال إلى الوصايا إذا احتاجت[12] إليه؛ كان بقاؤه بعدها يوجب عوده عليها[13].

وإذا رجع على أهل الوصايا؛ رجع على كل واحدٍ بما ينوبه، ولا يتبع المليء[14]

---

(1) ما يقابل عبارة (لأن أهل الوصايا) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (عن بقية ما أوصى إليه به) غير قطعي القراءة في (م).

(3) قوله: (وإنما قلنا: إنها تعود... لأهل الوصايا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 523**.

(4) ما يقابل عبارة (عاش حتى نفذت بعضه لم) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (لأنه حكم نفذ) غير قطعي القراءة في (م).

قول ابن القاسم بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 194**.

(6) ما يقابل عبارة (قد نفذ، فلا) غير قطعي القراءة في (م).

(7) عبارة (ولا يمكن فيه) يقابلها في (ز): (لا تمكن).

(8) ما يقابل عبارة (ولا يمكن فيه غير ما فعله) غير قطعي القراءة في (م).

مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: **[8/ أ]**.

(9) ما يقابل كلمة (فيحاصصهم) غير قطعي القراءة في (م).

(10) قول أشهب بنصِّه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 1041**.

(11) ما يقابل عبارة (لأنه قد تبين) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل كلمتا (إذا احتاجت) غير قطعي القراءة في (م).

(13) قوله: (لأنه قد تبين ... عوده عليها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 524**.

(14) ما يقابل كلمة (المليء) غير قطعي القراءة في (م).

بالمعسر[1].

ولو وجد بعض الورثة أملياء؛ أخذ منه مما بيده فضلة الثلث، ويرجع هو على الورثة[2] بما يصيبهم أن لو كانوا أملياء.

[فيمن أوصى بوصية مؤبَّدة وبوصايا أخرى]

(ومن أوصى بمصباح في مسجد، أو ما أشبه ذلك مما يتأبد حبسه، وأوصى مع ذلك بوصايا؛ فإنه يحاص للمصباح بجميع الثلث، ولأهل الوصايا بقدر وصاياهم)[3].

اعلم أنَّه إذا أوصى بمصباحٍ في مسجدٍ أو ما أشبه ذلك مما يتأبد حبسه، وأوصى مع ذلك بوصايا؛ فإنه يحاص للمصباح بجميع الثلث، ولأهل الوصايا بقدر وصاياهم، فما صار للمسجد؛ وقف له فيستصبح به حتى يفرغ، قاله[4] ابن القاسم[5].

وذكر ابن القرطي عن أشهب: أنه يحاص المتأبد من وقيد مسجد، أو سقي ماء بالمال كله[6].

وفائدة الاختلاف[7] بين القولين أنا إذا قلنا: (إنَّ الوصية بجميع المال) يخير الورثة بين أن يجيزوا جميع المال، أو لا يجيزوا فيرجعوا إلى الثلث، وعلى القول الآخر: (إنها في الثلث) لا مقال للورثة[8].

وقول ابن القاسم أبين، وليس قصد الميت أن يخرج أهله وولده من جميع المال.

قال شيخنا: وتظهر فائدة الخلاف أنَّ المحاصة إذا[9] وقعت بمبلغ الثلث بات

---

(1) قوله: (وإذا رجع على ... المليء بالمعسر) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 449.

(2) ما يقابل كلمة (الورثة) غير قطعي القراءة في (م).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 330 و(العلمية): 2/ 385.

(4) ما يقابل كلمتا (يفرغ، قاله) غير قطعي القراءة في (م).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 51.

(6) قوله: (وذكر ابن القرطبي... بالمال كله) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 570.

(7) في (ز): (اختلاف).

(8) ما يقابل عبارة (لا مقال للورثة) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل عبارة (شيخنا: وتظهر فائدة الخلاف أن المحاصة إذا) مطموس في (م).

المجهول[1] أقل مما ينوبه إذا حوصص له بجميع[2] المال.

مثال ذلك إذا أوصى لرجل بعشرة دنانير، وأوصى بوقيد مسجد[3] والتركة ستون، فعلى قول ابن القاسم: يكون الثلث مقسومًا على ثلاثة أجزاء؛ لصاحب العشرة[4] جزء، وللوقيد جزءان.

وعلى قول أشهب يكون الثلث مقسومًا على ستة أجزاء؛ لصاحب العشرة جزء من[5] ستة، وللمجهول خمسة أجزاء.

واختُلِفَ إذا اجتمع في الوصية مجهولات فقال ابن [ز: **846**/ ب] الماجشون[6]: يضرب للمجهولات كلها بالثلث.

ووجهه هو أن كل مجهول لو انفرد لضرب له بالثلث[7]، فإذا اجتمعوا؛ قسم الثلث على عددهم.

وقال بعض الفقهاء: إذا أوصى بوقيد قنديل في مسجد[8] كل ليلة للأبد، وأن يسقى كل يوم راوية ماء؛ فعلى قول من قال: (يضرب للمجهولات كلها[9] بالثلث)؛ ينظر كم ثمن راوية ماء كل يوم؟ وكم ثمن قنديل كل ليلة للأبد[10]؟ فيقسم الثلث بينهما على قدر ذلك.

وقد قيل: يضرب لكل مجهول بالثلث؛ فعلى هذا يجب أن يقسم[11] الثلث بينهما

---

(1) ما يقابل عبارة (الثلث بات المجهول) غير قطعي القراءة في (م).

(2) ما يقابل عبارة (مما ينوبه إذا حوصص له بجميع) مطموس في (م).

(3) ما يقابل كلمتا (بوقيد مسجد) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل كلمتا (لصاحب العشرة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) ما يقابل عبارة (لصاحب العشرة جزء من) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل عبارة (مجهولات، فقال ابن الماجشون) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل عبارة (لو انفرد لضرب له بالثلث) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (بوقيد قنديل في مسجد) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمتا (للمجهولات كلها) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل عبارة (كل ليلة للأبد) مطموس في (م).

(11) ما يقابل عبارة (فعلى هذا يجب أن يقسم) غير قطعي القراءة في (م).

نصفين؛ لتساوي الضرب بينهما؛ إذ كل واحد منهما ضرب له بالثلث[1].

[في وصية المريض]

(والمريض المخوف عليه ممنوعٌ من الهبة والصدقة وإخراج [م: 326/ ب] المال بغير عوض؛ إلَّا في ثلثه.

وما وهبه أو تصدَّق به في[2] مرضه؛ فهو موقوف على موته أو صحته، فإن[3] مات كان ذلك في ثلثه، وإن صحَّ كان ذلك من رأس ماله، ولا يجوز له الرجوع فيه[4]؛ إلَّا أن يكون أراد به وجه الوصية، فيجوز له أن يرجع فيه.

ومن كان[5] مريضًا مرضًا غير مخوف -كالجذام والبرص والبلغم وما أشبه ذلك- فهو كالصحيح لا يُمْنَع من التصرف في ماله؛ إلَّا أن يشتد مرضه ويُخَاف عليه.

وللمريض المخوف عليه أن يبيع ويشتري ويأكل ويكتسي)[6].

اعلم أنَّ الأمراض تنقسم قسمين:

فمنها ما يخاف منه[7]؛ كالحُمَّى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك؛ فهذا هو الذي يتعلق به حق الحجر على من وُجِد به فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والشرب والكسوة والتداوي والعلاج، وشراء ما يحتاج[8] إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب، ويمنع ما سوى ذلك مما يخرج على غير عوض يحصل للورثة من هبة أو

---

(1) ما يقابل عبارة (ضرب له بالثلث) مطموس في (م).

ومن قوله: (واختلف إذا اجتمع) إلى قوله: (ضرب له بالثلث) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 162 و163.

(2) ما يقابل عبارة (أو تصدَّق به في) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (على موته أو صحته، فإن) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (ولا يجوز له الرجوع فيه) مطموس في (م).

(5) ما يقابل كلمتا (ومن كان) غير قطعي القراءة في (م).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 331 و(العلمية): 2/ 386 و387.

(7) ما يقابل عبارة (فمنها ما يخاف منه) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (والعلاج وشراء ما يحتاج) غير قطعي القراءة في (م).

صدقة، ويكون ما فعل من ذلك موقوفًا على موته أو صحته، فإن مات؛ كان من ثلثه، وإن صحَّ؛ كان من رأس ماله، ولا يمنع من التصرف بالمعاوضة [المعتادة في التجارة التي لا يحابي معها][1]؛ كالبيع والشراء والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة.

والضرب الآخر هو ما لا يخاف منه في العادة؛ كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق منه أحيانًا؛ فهذا حكمه حكم الصحيح، لا يمنع صاحبه التصرف في شيء من ماله بعوض أو بغير عوض.

وإنما قلنا في القسم الأول: إنه يتعلق به حق الحجر -فيما[2] زاد على قدر حاجته؛ فلا ثبوت للحجر[3] عليه للورثة- للخوف من الموت، وإذا حصل سبب الموت؛ تعلَّق للورثة حق الحجر؛ خوفًا أن يتلف أموالهم.

وإنما قلنا: إن الحجر لا يتعلق بمقدار ما يحتاج إليه؛ فلأن حقه مُقَدَّم على حقوق الورثة؛ فلا يثبت لهم حق الحجر إلَّا فيما زاد عن حاجته، ولأنَّ الحجر لا يدخل في الواجبات، وإنما يدخل في التطوع، ولأن الوصية مقدَّمة[4] على الميراث لحق[5] الموصي، فحقه في حال الحياة أوْلَى.

[ز: 847/ أ] وإنما قلنا: (إنه يمنع من التصرف[6] عمَّا خرج عن عادته في قدر ما يحتاج إليه) لأنَّ ذلك إخراج مال على غير عوض[7] يستفيده هو أو ورثته، فكان في معنى إضاعته، وذلك ممنوع منه.

وإنما قلنا[8]: إن تصرفه في المعاوضات جائز إذا لم يكن فيها محاباة؛ لأن [الحجر لا

---

(1) جملة (المعتادة في التجارة التي لا يحابي معها) زائدة من معونة عبد الوهاب.

(2) ما يقابل كلمتا (الحجر فيما) غير قطعي القراءة في (م).

(3) ما يقابل عبارة (فلا ثبوت للحجر) غير قطعي القراءة في (م).

(4) ما يقابل عبارة (ولأن الوصية مقدَّمة) غير قطعي القراءة في (م).

(5) في (ز): (بحق).

(6) ما يقابل جملة (إنه يمنع من التصرف) غير قطعي القراءة في (م).

(7) ما يقابل جملة (مال على غير عوض) مطموس في (م).

(8) ما يقابل عبارة (ممنوع منه وإنما قلنا) غير قطعي القراءة في (م).

يوجب المنع من التقلب في المال؛ لأن][1] الورثة لا يتعلق لهم حق في[2] عين المال، وإنما لهم حق في مبلغه ومقداره[3].

وإنما قلنا: إنه إذا مات كان[4] ذلك في ثلثه؛ لقوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ جَعَلَ لَكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ عند موتكم زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**»[5]، فأخبر أنه ليس لهم[6] إلا الثلث.

ورُوي أن رجلًا[7] أعتق ستة أعبد له في مرضه لا يملك غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ، «**فأسهم بينهم، فأعتق[8] ثلثهم، وأرق ثلثيهم**»[9].

قال الباجي: وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة، أو عتق، أو هبة، أو محاباة في بيع، [فإن زاد على ذلك][10]؛ فالزيادة موقوفة، ولأنها وصية، وتصرف المريض في حال مرضه موقوف على الثلث، فإن صحَّ؛ كان من رأس مالِه؛ لأن الحجر زال عنه[11].

وإنما قلنا: (إنه لا يجوز له الرجوع فيه)؛ فلأنها عقود لازمة.

أعني: الهبة والصدقة وشبهها.

---

(1) جملة (الحجر لا يوجب المنع من التقلب في المال؛ لأن) ساقطة من (ز) و(م) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(2) ما يقابل عبارة (لأن الورثة لا يتعلق لهم حق في) غير قطعي القراءة في (م).

(3) من قوله: (اعلم أنَّ الأمراض تنقسم قسمين) إلى قوله: (في مبلغه ومقداره) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 524 و525.

(4) ما يقابل عبارة (إذا مات كان) غير قطعي القراءة في (م).

(5) تقدم تخريجه في الوصية بأكثر من الثلث من كتاب الوصية: 452/9.

(6) في (م): (لنا) وفي (ز): (له) وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(7) ما يقابل عبارة (ورُوي أن رجلًا) مطموس في (م).

(8) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والذي يقدر بنحو لوحة واحدة.

(9) قوله: (وإنما قلنا: إنه إذا مات... وأرق ثلثيهم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 510.

والحديث تقدم تخريجه في قسمة الثياب والدور ونحوهما، من كتاب القسمة: 294/9.

(10) عبارة (فإن زاد على ذلك) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من منتقى الباجي.

(11) انظر: المنتقى، للباجي: 8/ 97.

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأنه[1] قد بتل الصدقة في الحال، ولم يوصِ بها؛ فلزمه ذلك، كما لو أعتق عبدًا بتلًا؛ لم يجز له الرجوع عنه؛ لأنه عتقٌ منجز، وكذلك الصدقة.

والهبة عطية منجزة؛ فلا رجوع له فيهما[2]؛ إلا أن يكون أراد الوصية فيكون له الرجوع كسائر الوصايا.

وإنما قلنا في القسم الثاني أنه لا يوجِب الحجر معه؛ [لأن الخوف إذا عدم معه؛ لم يتعلق للورثة حق؛ لأن علة ثبوت الحجر لهم الخوف من الموت؛ لأن حضور سبب الشيء جارٍ في المنع مجرى حضور نفسه، فإذا عدم هذا المعنى؛ زال ما يجب بوجوده][3].

قال الأبهري: لأنَّ الأمراض في هؤلاء ليست مخوفة؛ فحكمهم في أموالهم وجواز تصرفهم على عوض أو غير عوض حكم الأصحاء.

وإنما منع من التصرف في أكثر من ثلث ماله على غير عوض المريض المخوف عليه الموت، لا المريض الذي ليس بمخوف عليه[4].

[في وصية المخوف عليهم الموت]

(وإذا بلغ حمل المرأة ستة أشهر فصاعدًا؛ فهي كالمريض المخوف عليه، وكذلك المحبوس في القتل، والزاحف في الصف)[5].

اعلم أنه إذا بلغ حمل المرأة ستة أشهر فصاعدًا؛ فهي كالمريض المخوف عليه،

---

(1) عبارة (وإنما قال ذلك؛ لأنه) يقابلها في (ز): (لا) وما اخترناه موافق لما في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.

(2) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [21/ أ].

(3) جملة (لأن الخوف إذا عدم معه ... يجب بوجوده) ساقطة من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

و قوله: (وإنما قلنا في القسم الثاني: إنه لا ... يجب بوجوده) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 524.

(4) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [21/ أ].

(5) التفريع (الغرب): 2/ 331 و(العلمية): 2/ 387.

وكذلك المحبوس في القتل، والزاحف في الصف؛ خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في إجازتهما لهم التصرف، ما لم يضرب الحامل الطلق، ويقدَّم المحبوس إلى القتل، ويقدَّم الزاحف إلى البراز[1].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا﴾ الآية [الأعراف: **189**].

قيل في التفسير: لما بلغت ستة أشهر، ولأنها بلغت حد الوضع كبلوغها حال الطلق[2].

قال مالك: أحسن ما سمعتُ في وصية الحامل وفي قضائها في مالها، وما يجوز لها؛ أنَّ الحامل كالمريض، فإذا كان المرض خفيفًا غير مخوف على صاحبه منه؛ فإن صاحبه يصنع في ماله ما شاء، وإذا كان المرض مخوفًا على صاحبه منه؛ لم يجز لصاحبه [ز: **847**/ ب] شيء إلا في ثلثه.

قال: ولأنَّ المرأة الحامل أول حملها تسر، والسرور ليس بمرض ولا خوف، ولأنَّ الله تعالى يقول في كتابه: ﴿فَبَشَّرْنَٰهَا بِإِسْحَٰقَ وَمِن وَرَآءِ إِسْحَٰقَ يَعْقُوبَ﴾ الآية [هود: **71**]، وقال: ﴿حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِۦ﴾ [الأعراف: **189**].

فالمرأة الحامل إذا أثقلت؛ لم يجز لها إلا في ثلثها، فأول الإتمام ستة أشهر، قال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ الآية [البقرة: **233**]، وقال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ الآية [الأحقاف: **15**]، فإذا مضى للحامل ستة أشهر من يوم حملت؛ لم يجز لها قضاء في مالها إلا في الثلث[3].

قال الباجي: فالستة أشهر هي حال الخوف؛ لأنه وقت يصح فيه الوضع، قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ الآية [الأحقاف: **15**]، والفصال: الرضاع.

وقال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ الآية [البقرة: **233**]، فبيَّن أنَّ الحمل يصح أن يكون أمده ستة أشهر، وهي فيه تترقب الوضع الذي يكثر

---

(1) انظر: الأم، للشافعي: 4/ 263.

(2) من قوله: (اعلم أنه إذا بلغ) إلى قوله: (كبلوغها حال الطلق) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 525.

(3) موطأ مالك: 4/ 1109 و1110.

فيه الخطر، ويشتد فيه الألم مع ثقل الحمل وتتابع ألمه؛ فهي بمنزلة المريض مرضًا مخوفًا؛ أفعالها في الثلث(1).

ولأنَّ الله تعالى جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه، فقال: ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ﴾ الآية [آل عمران: **143**]؛ يريد: أسبابه وعلاماته.

وهذا موجود في المحبوس في القتل والزاحف في الصف.

ولأنَّ تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة في زيادة بقاء المرض، وسرعة تلفه، فإذا كان ذلك لا اعتبار به، فكذلك في مسألتنا(2).

قال الباجي: ولأنَّ هذه أسباب للموت مقربة منه، كالمرض المخوف(3).

[فيمن أوصى بوصيتين أو أكثر]

(ومن أوصى بوصيتين، أو أكثر من ذلك؛ جازت وصاياه كلها، إلَّا أن يبطل بعضها)(4).

اعلم أنَّ من أوصى لرجل بعبده، ثم أوصى لآخر بثلث ماله؛ نفذت الوصيتان جميعًا إن أجاز ذلك الورثة، وإلا تحاصَّا في الثلث.

وكذلك لو أوصى بثلث ماله لرجل، ثم أوصى بثلث ماله لآخر؛ لأنَّ قصد الميت تنفيذهما جميعًا، ولا شيء يدل على رجوعه؛ فوجب تنفيذ الجميع؛ إلا أن يقوم دليل على رجوعه؛ مثل أن يقول: العبد الذي أوصيتُ به لفلان هو لفلان؛ فإن هذا يكون رجوعًا، ويكون جميعه للآخر، قاله ابن القاسم(5).

---

(1) المنتقى، للباجي: 8/ 131.

(2) قوله: (ولأنَّ الله تعالى... وكذلك في مسألتنا) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 525.

(3) المنتقى، للباجي: 8/ 132.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 332 و(العلمية): 2/ 387.

(5) قوله: (إلا أن يقوم دليل... قاله ابن القاسم) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 339 و340 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3681.

قال الأبهري: ولأنَّ ليس أحد الوصيتين بأَوْلَى من الأخرى بالتنفيذ؛ فوجب أن ينفذوا جميعًا، كما لو كان ذلك في وصيةٍ واحدة؛ إلا أن يكون في الثانية شيء ينقض الأولى، فيؤخذ بالثانية؛ لأنَّ له أن يرجع عن الأولى[1].

قال ابن القاسم: وإن أوصى بعتقِ عبد له بعينه، ثم أوصى به لرجل؛ فهو كله للرجل.

ولو أوصى به أولًا للرجل، ثم أوصى به للعتق؛ كان حرًّا، ولم يكن للموصى له قليل ولا كثير، والوصية الأخرى في هذا تنقض الأولى؛ إذ لا تشترك في العتق[2].

وقال أشهب: الحرية أَوْلَى [ز: 848/ أ] -قدَّمها أو أخَّرها[3]- لأنَّ الوصيتين إذا اجتمعتا في عين[4] قدم العتق[5].

[فيمن أوصى لرجلٍ بدنانير متساوية في موضعين]

(ومن أوصى لرجل بدنانير متساوية في موضعين، ولم يذكر إبطال أحدهما ولا جمعهما[6] جميعًا للموصى له؛ فله إحدى التسميتين.

وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى؛ فله أكثر الوصيتين.

وإن أوصى له بنَوْعَيْن مختلفين في موضعٍ واحد أو موضعين؛ فله جميع الوصيتين)[7].

اختُلِف فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير، ثم أوصى له بعشرة دنانير، هل يكون له الوصيتان جميعًا أم لا؟

فقال ابن المواز وابن الجلَّاب: ليس له إلا عشرة واحدة[8].

---

(1) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [9/ أ].

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 70، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 206.

(3) قول أشهب بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 218.

(4) في (ز): (عتق) وما اخترناه موافق لما في منتقى الباجي.

(5) قوله: (لأنَّ الوصيتين إذا... قدم العتق) بنصِّه في المنتقى، للباجي: 8/ 105.

(6) في (ز): (جميعهما) وما اخترناه موافق لما في تفريع ابن الجلاب.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 332 و(العلمية): 2/ 387.

(8) قوله: (اختلف فيمن... إلا عشرة واحدة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3678.

قال الأبهري: لجواز أن تكون الآخرة للتوكيد لا لجمع العطيتين[1].

وقال عبد الوهاب: لاحتمال أن تكون الأخرى تكرارًا لا ابتداء[2].

وقال مطرِّف وابن الماجشون: له الوصيتان جميعًا؛ كانتا بكتاب واحد أو بكتابين، ولا يمكن أن يحمل على أنه أراد نسخ أول الوصية بآخرها وهي مثلها؛ إذ لا فائدة في ذلك إلا الزيادة[3].

ولأنَّ الغالب من حال من كتب وصيته أن يتأملها مرارًا، فاحتمال نسيانه وغفلته عن الوصية الأولى نادر جدًّا، والغالب أنه ما أوصى له بالثانية إلا وهو ذاكر [م: **327**/ أ] للأولى[4].

واحتمال التأكيد باطل؛ إذ لا فائدة[5] فيه إلا الإعطاء وهو حاصل فهي أول لفظة[6] صدرت، فتعين أنه قَصَد أن يعطي[7] هذا القَدْر كرتين، قاله شيخنا[8].

واختُلِفَ إذا اختلف العدد فقال: له عشرة، ثم قال: له عشرون[9] فقال مالك وابن القاسم: له أكثر الوصيتين، سواء[10] تقدَّمت أو تأخَّرت.

وقال علي[11] بن زياد: إن أوصى بعشرة، ثم أوصى له بعشرين[12]، ثم بعشرة[13]،

---

(1) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [**17**/ أ].

(2) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **2**/ **526**.

(3) قوله: (وقال مطرِّف وابن الماجشون... ذلك إلا الزيادة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7**/ **3678** و**3679**.

(4) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (م) والمقدر بنحو لوحة واحدة.

(5) ما يقابل عبارة (إذ لا فائدة) غير قطعي القراءة في (م).

(6) ما يقابل كلمة (لفظة) غير قطعي القراءة في (ز) و(م).

(7) ما يقابل عبارة (صدرت فتعين أنه قصد أن يعطي) غير قطعي القراءة في (م).

(8) ما يقابل عبارة (كرتين، قاله شيخنا) غير قطعي القراءة في (م).

(9) ما يقابل كلمة (عشرون) غير قطعي القراءة في (م).

(10) ما يقابل كلمة (سواء) مطموس في (م).

(11) ما يقابل كلمة (علي) غير قطعي القراءة في (م).

(12) ما يقابل عبارة (ثم أوصى له بعشرين) غير قطعي القراءة في (م).

(13) في (م): (بعشرين).

ثم بعشرة؛ كان له ثلاثون؛ لأنه نقل الأولى فزاده[1].

وإن قدَّم الأكثر ثم ثنَّى بالأقل؛ كان له جميع الوصيتين لا بمعنى الزيادة، وفيه إعمال الوصيتين.

قال الباجي: ولو أعطيناه أوَّلهما؛ لأنها أكثر لكنا قد ألغينا الآخرة، وهي أحق بالإثبات[2].

وقال ابن الماجشون: إن كانتا في كتابين؛ كان[3] له أكثر الوصيتين -كانت هي الأولى أو الآخرة- وإن كانتا في كتاب واحد فقدَّم الأكثر؛ كانتا له، وإن تأخَّر الأكثر كان له بانفراده[4]؛ لأنه لمَّا لم يتبيَّن أنه رجع عن الأولى، واحتمل أن يكون نسيها؛ أعطيناه أكثرهما[5].

قال الأبهري: وإنما قلنا: (إنه يعطى الأكثر منهما)؛ لأنه اليقين؛ لأنه إن كان المتقدم القليل، فقد زاده لا محالة، وإن كان الأكثر المتقدم، فيحتمل أن يكون أراد جميعهما له، أو أراد أن ينقص من الكثير؛ فكان العدل [أن][6] ينظر للورثة وللموصى له، فيعطى الأكثر؛ لما وصفناه[7].

ووجه قول عبد الملك أنه إذا كانتا في كتابٍ واحد وبدأ بالأكثر؛ فالظاهر أنه قصد نفعه بهما جميعًا، وكأنه استقلَّ الوصية الأُولى فزاده الوصية الثانية، ولا تمكن الزيادة إلا بإمضائهما جميعًا؛ لأنَّا لو قدَّرناه رجوعًا؛ لم يكن له إلا الأخيرة وهي الأقل.

ولو قلنا: إن له الأكثر؛ لكانت الثانية داخلة [ز: **848**/ ب] في الأولى، فلا يظهر للثانية تأثير.

---

(1) قوله: (واختلف إذا اختلف... لأنه نقل الأولى فزاده) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3677**.

(2) المنتقى، للباجي: **8/ 85**.

(3) ما يقابل كلمة (كان) غير قطعي القراءة في (م).

(4) قول ابن الماجشون بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3677** و**3678**.

(5) قوله: (لأنه لما لم يتبين ... أعطيناه أكثرهما) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 214**.

(6) كلمة (أن) ساقطة من (م) و(ز) وقد أتينا بها من شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.

(7) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [9/ ب].

وإن تأخر الأكثر؛ كان له بانفراده، وكأنه تقلَّل الأولى، فزاده فيها، فقال: له عشرون منها العشرة الأولى[1].

وأما إن كانتا بكتابين؛ فله الأكثر منهما -كانت الأولى أو الأخيرة- لأنَّ الغالب من حال الموصي أنه إذا أوصى لرجل بشيء، ثم أوصى له بوصيةٍ أخرى أنه يكون ناسيًا للأولى؛ إذ لو كان ذاكرًا لها لكان يشير إلى الجميع بينهما، فيعطى الأكثر منهما؛ لأنها متيقنة، وذلك عدل بين الورثة والموصى له؛ لأن المقدَّم إن كان هو القليل فقد زاده لا محالة، وإن كان هو الأكثر، فيحتمل أن يكون أراد جمعهما له، ويحتمل أن يكون أراد أن ينقص من الكثير، فكان العدل أن ينظر إلى الورثة وإلى الموصى له، فأعطي الأكثر منهما[2].

قال ابن يونس: وإن أوصى له بنوعين مختلفين فقال: عبدي لفلان[3]، ثم قال في تلك الوصية أو غيرها: له دار من دوري؛ كان له الوصيتان جميعًا إن حملهما الثلث.

ولا خلاف في ذلك[4].

قال الأبهري: ولأن أحدهما لا يدخل في الآخر، فقد علم أنه أرادهما[5] جميعًا[6].

(ومن أوصى لرجل بمائة ولآخر بخمسين، ثم أوصى لثالث بمثل إحدى الوصيتين ولم يُبيِّن شيئًا؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن له نصف الأولى ونصف الآخرة.

والرواية الثانية أن له مثل الآخرة دون الأولى.

---

(1) قوله: (وإن تأخر الأكثر... العشرة الأولى) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 214.

(2) من قوله: (لأنه لما لم يتبين أنه) إلى قوله: (فأعطى الأكثر منهما) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

قوله: (وأما إن كانتا بكتابين ... فأعطى الأكثر منهما) بنحوه في مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [9/ ب].

(3) ما يقابل كلمة (لفلان) غير قطعي القراءة في (م).

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 215.

(5) ما يقابل عبارة (فقد علم أنه أرادهما) غير قطعي القراءة في (م).

(6) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [9/ ب].

وقال أشهب: له الأقل من الوصيتين؛ لأنه يقين، وغيره ظن وتخمين)[1].

فوجه الرواية الأولى هو أنه لما أشكل الأمر، ولم يعين، ولم تكن إحداهما بأَوْلَى من الآخرة[2]؛ أعطي نصف كل واحدة منهما.

ووجه الثانية هو[3] أن قوله: له مثلها؛ يرجع الكتابة إلى الأقرب، وهو الذي يليه[4]؛ لأنه الظاهر من الكلام.

ووجه قول أشهب هو أن الأقل متيقن، وما[5] زاد عليه مشكوك فيه، فكان له المتيقن دون المشكوك، والله أعلم[6].

قال مالك: ومن قال: لفلان مائة، ولفلان خمسون، فقيل له: ففلان؟ فقال: وله مثله، ولا يدري ما أراد، فقال مالك: يعطى نصف الأولى ونصف الأخيرة.

وقال أشهب: يعطى مثل الآخرة.

وقال أشهب أيضًا: يقال له: نعطيك خمسين، وهي الأَوْلَى[7].

قال الأبهري: وإنما قال مالك: إن له نصف المائة ونصف الخمسين، فلأن ذلك عدلٌ بين الورثة والموصى له؛ لأنه يجوز[8] أن يكون أراد الأكثر، فإذا اقتصر بالموصى له على الأقل ظُلِم.

---

(1) ما يقابل كلمة (وتخمين) مطموس في (م)

و التفريع (الغرب): 2/ 332 و333 و(العلمية): 2/ 387.

(2) ما يقابل عبارة (إحداهما بأولى من الآخرة) مطموس في (م).

(3) ما يقابل عبارة (نصف كل واحدة منهما ووجه الثانية هو) مطموس في (م).

(4) ما يقابل عبارة (يرجع الكتابة إلى الأقرب، وهو الذي يليه) مطموس في (م).

(5) ما يقابل عبارة (ووجه قول أشهب: هو أن الأقل متيقن، وما) مطموس في (م).

(6) قوله: (ووجه الثانية هو... المشكوك، والله أعلم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 530.

(7) قوله: (قال مالك: ومن قال... وهي الأَوْلَى) بنحوه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 373.

(8) كلمتا (لأنه يجوز) يقابلهما في (ز): (لأنه لا يجوز) وما أثبتناه موافق لما في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.

ويجوز أن يكون أراد الأقل[1]، فإذا أعطى الأكثر ظَلَم الورثة، وقد استوت الحال فيهما جميعًا؛ فوجب توسيط ذلك بينهما بما قاله مالك؛ لأنه لا يمكن غير ذلك، ومتى ترك ذلك؛ أدَّى إلى الجهل[2] على إحدى الفريقين.

ووجه قول أشهب هو أن النسق راجع إلى الآخر؛ فوجب أن يعطى الآخر منهما مائة[3] كانت [ز: **849**/ أ] أو خمسين؛ لأنَّ حكم العطف يرجع إلى الذي يليه حتى يعلم أنه أريد ما قبله.

ووجه القول أنه يعطى الأقل فلأن ذلك يتيقن[4] أنه قد استحقه الموصى له، وما زاد عليه شك، فهو على ملك الموصي حتى يتيقن زواله، فلمَّا لم يتيقن ذلك كان ذلك لورثته[5].

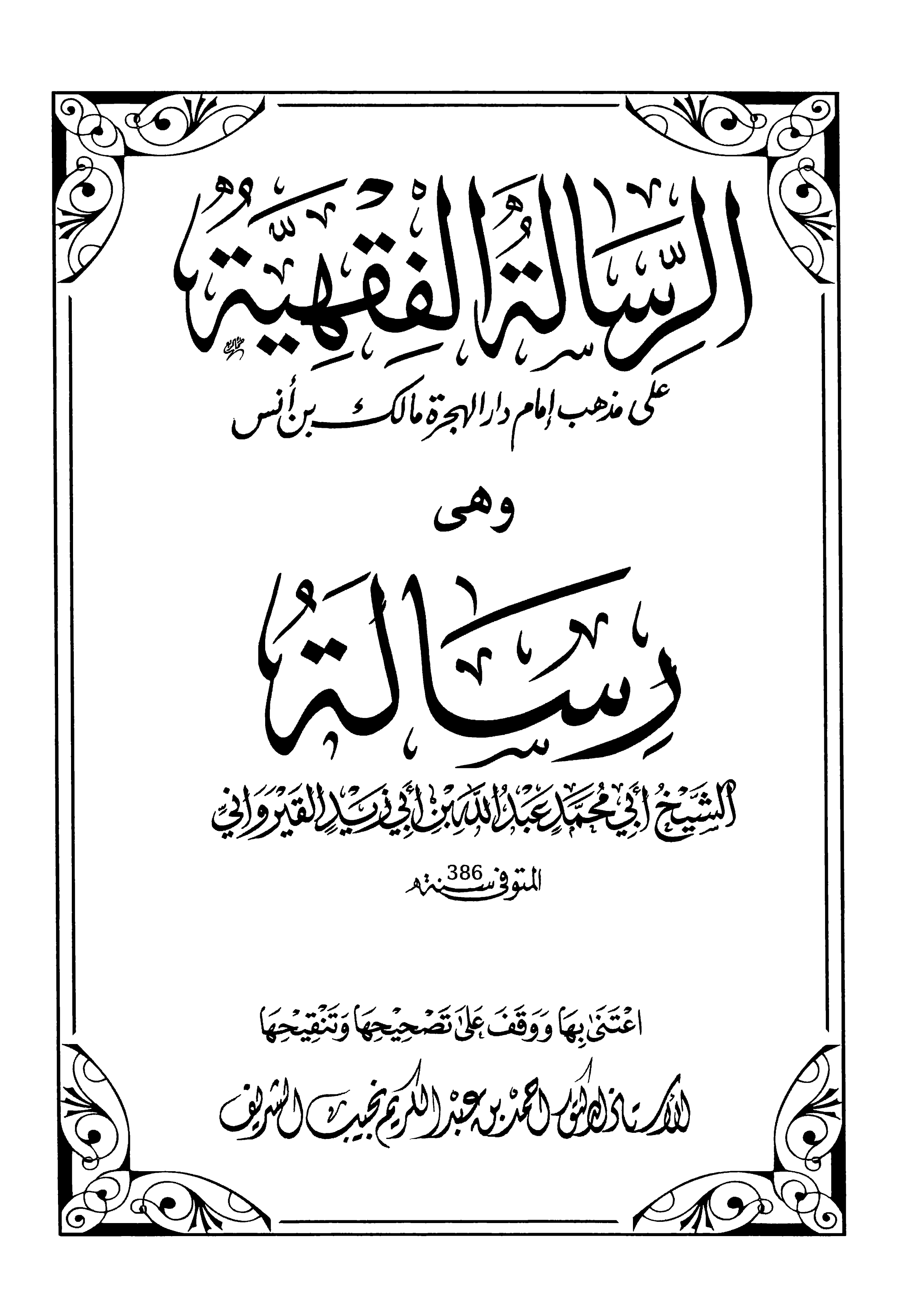
تم كتاب الوصايا[6].

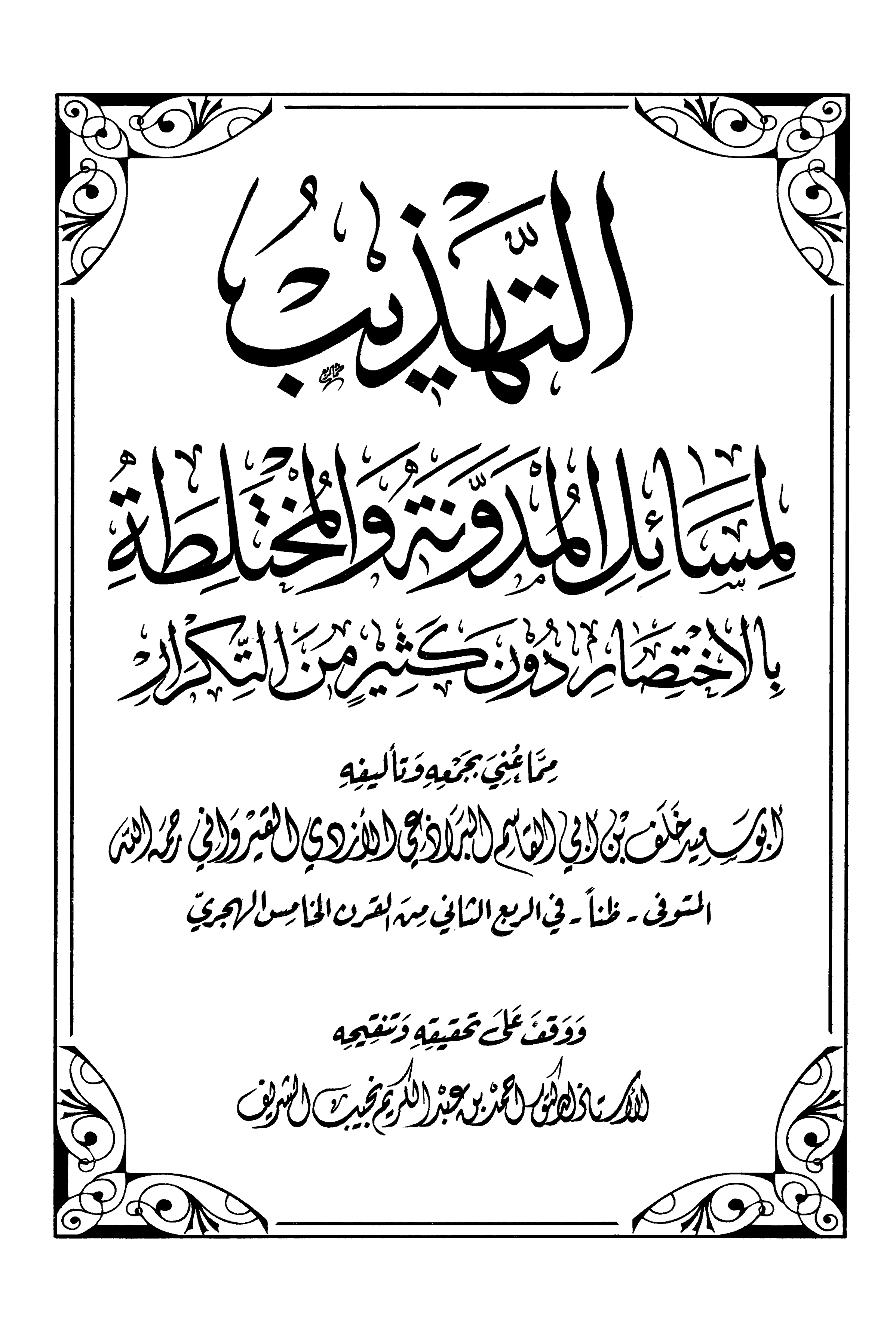


(1) في (ز): (الأكثر) وما أثبتناه موافق لما في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.
(2) في (ز): (الحمل) وما أثبتناه موافق لما في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.
(3) ما يقابل كلمة (مائة) مطموس في (ز).
(4) في (ز): (تبين) وما أثبتناه موافق لما في شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم.
(5) مخطوط جوته لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: [9/ ب].
(6) من قوله: (قال مالك: ومن قال) إلى قوله: (تمَّ كتاب الوصايا) ساقط من (م) وقد انفردت به (ز).

فهرس الموضوعات




الرسالة الفقهية
على مذهب إمام دار الهجرة مالك بن أنس
وهي
رسالة
الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني
المتوفى سنة 386 هـ
اعتنى بها ووقف على تصحيحها وتنقيحها
الأستاذ الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف



التهذيب

لمسائل المدونة والمختلطة

بالاختصار دون كثير من التكرار

مما عني بجمعه وتأليفه

أبو سعيد خلف بن أبي القاسم البراذعي الأزدي القيرواني رحمه الله

المتوفى - ظناً - في الربع الثاني من القرن الخامس الهجري

ووقف على تحقيقه وتنقيحه

الأستاذ الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف